



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



Tesis:

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. PERSPECTIVAS DESDE UNA DIMENSIÓN ANALÍTICA

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

PRESENTA:

Lic. Francisco Raúl Matus Ramírez

ASESORA:

Dra. Laura Leticia Padilla Gil

Morelia, Michoacán a Octubre de 2021

Resumen

Uno de los principales temas en auge dentro de la teoría jurídica contemporánea y la dogmática jurídica actual en México, debido a su complejidad e importancia, es el derecho fundamental a la salud, y la forma en que éste se encuentra garantizado en nuestra Constitución, por lo que, en la presente investigación se ha realizado un estudio pormenorizado de los elementos que integran la estructura jurídico conceptual de dicha prerrogativa, a través de la dimensión analítica de la dogmática jurídica como una forma teórica, puramente formal y estructural, lo que nos permitió tener un panorama general de los alcances e influencias jurídicas del derecho fundamental a la salud reconocido en nuestra ley fundamental y generar un criterio jurídico del que se advierte una clara necesidad de actualizar el texto constitucional relacionado al tema de salud.

Palabras clave: Dogmática jurídica, derecho subjetivo, correlatividad, teoría de las generaciones.

Abstract

One of the main issues on the rise within contemporary legal theory and current legal dogmatics in Mexico, due to its complexity and importance, is the fundamental right to health, and the way in which it is guaranteed in our Constitution, by What, in the present research, a detailed study of the elements that make up the conceptual legal structure of said prerogative has been carried out, through the analytical dimension of legal dogmatics as a theoretical, purely formal and structural form, which allowed us have a general overview of the scope and legal influences of the fundamental right to health recognized in our fundamental law and generate a legal criterion from which there is a clear need to update the constitutional text related to the health issue.

Keywords: Legal dogmatics, subjective right, correlativity, theory of generations.

*Este trabajo está dedicado:
a mi hijo Leonardo, mi esposa Lucía,
a mis padres Mario Raúl Matus Orozco y Francisca Ramírez López,
a mis hermanas Lupita y Angélica por su apoyo y cariño incondicionales.*

AGRADECIMIENTOS

Sería imposible referir a cada una de las personas a quienes les debo mi agradecimiento por hacer posible mi participación en la defensa de la presente tesis, pues la presente investigación ha sido el fruto de las numerosas aportaciones que me han obsequiado familiares, docentes y amigos.

En primer lugar, debo agradecer a mi esposa amada, quien al desempeñarse con tanto profesionalismo y pasión por la ciencia médica me inspiró para considerar el derecho a la salud como el tema de la presente investigación, quien, además, con la compañía y cariño de mi hijo Leonardo, han sido el motivo de mi motivación e inspiración.

Agradezco a mis padres, quienes me han inculcado el amor por la ciencia jurídica y a mis hermanas quienes me han mostrado la importancia del desarrollo académico.

Debo agradecer a la Doctora Laura Leticia Padilla Gil, quien no sólo ha sido mi asesora en la presente investigación, sino que ha sido inspiración y me ha dirigido con mucha asertividad y precisión.

Y por último, pero no menos importante, agradezco a mis amigos y compañeros, en especial a Emmanuel, Arturo y Edimir, quienes me han acompañado y apoyado incondicionalmente.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
1. Los derechos fundamentales, los derechos humanos y la salud	15
1.1. Teoría de los derechos fundamentales, a través de la dimensión analítica de la dogmática jurídica	16
1.2. Teoría de los derechos humanos y el dualismo	23
1.3. La noción del derecho subjetivo, la correlatividad y terminologías jurídicas	28
1.4. La norma del derecho fundamental, reglas, directrices y principios	39
1.5. La salud como derecho subjetivo	46
CAPÍTULO II. Antecedentes del constitucionalismo, del derecho fundamental a la salud y del derecho a la protección de la salud	56
2.1. Antecedentes del constitucionalismo y los derechos fundamentales	57
2.2. Antecedentes del derecho fundamental a la salud	77

2.3. Antecedentes y alcances del derecho de protección de la salud en México	91
CAPÍTULO III. El derecho fundamental a la salud como derecho social y el derecho fundamental a la protección de la salud como derecho prestacional, en relación a la teoría de las generaciones de los derechos humanos	97
3.1. El derecho a la salud como derecho social y sus alcances	98
3.2. La teoría de las generaciones de los derechos humanos y su influencia en el sistema jurídico mexicano	112
3.3. El derecho a la protección de la salud como derecho solidario y sus alcances	122
CAPÍTULO IV. La reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos y su influencia en el derecho a la salud	127
4.1. La reforma constitucional de 2011 y sus efectos en el derecho fundamental de protección a la salud	127
4.2. El derecho fundamental a la salud. Perspectivas desde la dimensión empírica y la dimensión normativa	135

4.3. El derecho a la salud como derecho fundamental y humano	146
CONCLUSIONES	157
BIBLIOGRAFÍA	168

INTRODUCCIÓN

Actualmente uno de los temas en auge dentro de la teoría jurídica contemporánea en México, debido a su complejidad e importancia, es el derecho fundamental a la salud y la forma en que éste se encuentra garantizado en nuestra constitución, por lo que, en la presente tesis se abordará dicho tema desde la dimensión analítica de la dogmática jurídica.¹

Inicialmente, analizaremos los derechos fundamentales en general, desde lo que refiere Luigi Ferrajoli como una forma teórica, puramente formal o estructural,² lo que nos permitirá tener un panorama general de los derechos fundamentales sin la necesidad de hacer referencia exclusivamente a aquellos adscritos al ordenamiento jurídico positivo y magno de nuestro país, proporcionándonos así, elementos de suma importancia para el desarrollo de nuestro tema.

La naturaleza formal o estructural de la definición de los derechos fundamentales que utilizaremos, nos permitirá entender sus elementos sustanciales desde el ámbito teórico "...prescinde de la naturaleza de los intereses o necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación...".³

Es necesario precisar los elementos estructurales de los derechos fundamentales, pues al abordar la salud como el bien jurídico tutelado de uno de ellos, será imprescindible tener claridad conceptual de dichos elementos, siendo la forma apropiada para los fines de la presente investigación analizarlos a través de la dimensión analítica de la dogmática jurídica, es decir, a través de aquello que

¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 29, 30.

² Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Roma, Trotta, 1999, colección Estructura y Procesos, p. 37.

³ *Ibidem*, p. 38.

realmente es practicado como ciencia del derecho, lo que Robert Alexy denomina como “dogmática jurídica”⁴ o ciencia del derecho en sentido estricto y propiamente dicho, centrándonos en el análisis de los conceptos sustanciales que forman al derecho fundamental a la salud, como lo son: los derechos subjetivos, la universalidad, la norma, el derecho a la salud, derecho a la protección de la salud, los derechos sociales, los derechos prestacionales y solidarios.

De igual manera, es imprescindible para nuestra investigación tener claro el concepto de los derechos humanos, a fin de identificar las características de la salud como derecho humano, sobre todo por influencia que tiene la legislación internacional en los estándares jurídicos de nuestro país y por la naturaleza de la reforma constitucional de 2011.

Sin duda, el factor común que une tanto a los derechos humanos como a los derechos fundamentales teóricamente es el derecho subjetivo, mismo que si bien es un tema complejo, digno de un estudio independiente y profundo, también es cierto que, conocer su naturaleza y hacer un análisis con relación a su esencia, es necesario para formar un concepto analítico del derecho fundamental a la salud.

El término derecho fundamental a la salud puede resultar abstracto, sin embargo, es necesario concretarlo a través de sus elementos estructurales y protectores que tiene implícitos, ya que en él se envuelven derechos subjetivos, privilegios y potestades, lo cual se explicará a detalle al analizar el concepto de la salud como objeto de protección a través de la visión que H. L. A. Hart.⁵

⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 30.

⁵ H.L.A. Hart, “Definición y teoría en la ciencia Jurídica”, en: *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962.

La relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo,⁶ determina la estructura conceptual de los derechos humanos, por lo que, para lograr teorizar respecto al derecho humano a la salud, es necesario establecer en que grado existe preponderancia del derecho objetivo sobre el subjetivo o viceversa, o bien, determinar si se trata de relaciones de autonomía o subordinación de uno respecto a otro.

Al analizar los derechos humanos, tendremos que abordar temas como el dualismo y las teorías monistas, a fin de realizar un concepto válido de los derechos humanos; asimismo, debemos resolver de forma particular para nuestro tema, los conflictos existentes entre las hipótesis que consideran la existencia de una correlatividad entre derechos y deberes, y aquellas teorías que consideran la existencia exclusiva de los deberes dentro del derecho positivo y válido.

Sin duda un elemento esencial que sobresale al referirnos a un derecho fundamental inscrito en la ley fundamental es el concepto de la norma, por lo que es necesario tener una noción de la norma, estableciendo su finalidad, objeto y método,⁷ ello, además abonará para resolver los conflictos suscitados por colisiones de derechos humanos al momento de analizar la factibilidad de considerar a la salud en toda su extensión como un derecho fundamental.

Es indispensable adoptar un concepto de salud, ya que, en ella y las técnicas jurídicas creadas para su protección, reside la materia medular de nuestra investigación.

Si consideramos la factibilidad de determinar a la salud como derecho fundamental, debemos entenderla de acuerdo al concepto más aceptado dentro

⁶ Entenderemos por derecho a aquel sistema jurídico comprendido por normas o enunciados que integran un ordenamiento jurídico vigente, y por derechos, aquellos principios de carácter axiológico, que no necesariamente se encuentran consagrados en normas jurídicas.

⁷ Sin duda la norma es un tema amplio y complejo, desde las cuestiones de semántica y las de las teorías de la validez hasta su estructura, sin embargo, nos dedicaremos exclusivamente los aspectos más relevantes que tengan relación con nuestro tema, esto puede revisarse en la obra: Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 49.

del derecho internacional, es decir a la concepción establecida por la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, misma que define a la salud como: "...un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades...",⁸ definición propuesta por la OMS,⁹ a partir del análisis hecho para su elaboración desde una perspectiva multifactorial, es decir, a partir de una visión teórica desde aspectos sociales, políticos, económicos, culturales y científicos, que pese a las críticas y problemas epistemológicos que pueda presentar dicha definición, es innegable su utilidad para estudiar y comprender la salud como una realidad compleja, a través de un enfoque interdisciplinario para superar los límites del paradigma positivista de la ciencia clásica.

Otro aspecto indispensable para nuestra investigación, es el análisis de los elementos históricos que dieron lugar, en primer término, al constitucionalismo como un instrumento para lograr contrapesos y equilibrio entre los poderes del Estado, además de servir como marco normativo utilizado para definir los órganos supremos del Estado, establecer sus relaciones recíprocas y determinar la posición que tiene el individuo frente al poder estatal.

La principal forma en la que el constitucionalismo ha determinado la posición del individuo frente al poder estatal ha sido bajo la creación de los derechos fundamentales, los cuales surgieron como respuesta positiva a la teoría jurídica relacionada en un inicio con los derechos naturales y posteriormente con los derechos humanos como proceso evolutivo de los primeros, pero que sostienen como elemento común un derecho subjetivo.

Los derechos naturales y los derechos humanos han estado orientados al fin, es decir, a la necesidad de alcanzar un estado óptimo de madurez biológica

⁸ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, <https://www.who.int/about/mission/es/>, consultada el 13 trece de enero de 2019 dos mil diecinueve.

⁹ OMS es la abreviatura que se da a la Organización Mundial de la Salud.

por parte del individuo,¹⁰ sin embargo, los criterios metodológicos y objetivos para alcanzar dicho estado óptimo han variado con el tiempo.

La posición del individuo frente al Estado determinada por la Ley fundamental, en un inicio solo contemplaba libertades individuales, es decir, la acción por parte del Estado estaba restringida a acciones negativas o abstenciones para no invadir la esfera jurídica individual,¹¹ sin embargo, de forma paulatina, y en consecuencia a diversos aspectos de índole social y económica, como el surgimiento de determinados sistemas económicos y el choque antagónico de sectores sociales, fue surgiendo la necesidad de permitir al Estado acciones positivas encaminadas a la satisfacción de necesidades de cierta clase.¹²

Es indiscutible que la aparición del constitucionalismo y por ende de los derechos fundamentales, ha sido producto de aspectos multifactoriales e interdisciplinarios que no pueden remontarse a una época concreta en la historia, sin embargo, los periodos más importantes y que han tenido mayor influencia jurídica en relación al constitucionalismo moderno, ha sido el periodo comprendido a partir del siglo XVI, a la actualidad, sin embargo, quizás el momento más importante en relación a la influencia del derecho internacional a las leyes fundamentales de los Estados fue el término de la Segunda Guerra Mundial y la consecuente creación de la Organización de la Naciones Unidas.

El derecho a la Salud como derecho fundamental, tiene sus raíces jurídicas y teóricas en el derecho internacional, hallándose su origen a finales del siglo XIX, como consecuencia de la revolución industrial que tenía lugar en gran parte del mundo y que implicaba condiciones laborales deplorables por parte de la clase trabajadora, sector social que exigía condiciones laborales dignas y soportables.

¹⁰ H. L. A. Hart, *El concepto...*, pp. 233-235.

¹¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 419.

¹² *Idem.*

Los inicios del derecho fundamental a la salud fueron militados y dirigidos sólo a la clase obrera como un modelo de seguridad social en el que los trabajadores cotizan una parte de su salario de forma obligatoria y más tarde extendido a agricultores y transportistas, sin embargo, dicha circunstancia fue evolucionando con el tiempo al universalizarse la seguridad social.

El primer texto constitucional en que se consagró el derecho a la protección de la salud fue el de México de 1917, mismo que representó un gran adelanto en torno al derecho a la salud, sin embargo, fue hasta la creación de la Organización Mundial de la Naciones Unidas que se empezaron a fijar los criterios y estándares bajo los cuales los Estados miembros de dicha organización debían fijar los parámetros para proteger la salud de los individuos.

La concepción de la salud pública a partir de los orígenes que tuvo la seguridad social como prestación solidaria por parte de los trabajadores y el Estado, influyó en hipótesis como la teoría de las generaciones de los derechos humanos de Krel Vasack,¹³ que clasificó a la salud como un derecho de solidaridad o de tercera generación.

En la presente investigación haremos un profundo análisis sobre las teorías presentan al derecho fundamental a la salud como un derecho social o como un derecho solidario y analizaremos la factibilidad de dichas clasificaciones para el derecho a la salud.

Uno de los temas medulares que se abordan en la presente tesis, sin duda es el análisis realizado al párrafo cuarto del artículo cuarto de nuestra Ley fundamental, ya que en dicho precepto se consagra la protección de la salud como

¹³ La sistematización de los derechos humanos en generaciones ha sido ampliamente usada por la doctrina internacional, influenciada por razones ideológicas y políticas características de la guerra fría, el precursor de dicha sistematización fue: Krel Vasack, *las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol.1, Barcelona Serbal-UNESCO, 1984, pp. 15 y ss; tiene una base doctrinal francesa inspirada en la bandera francesa; “libertad, igualdad y fraternidad”, esta última sustituida por Solidaridad, es decir, tres generaciones.

derecho fundamental, sin embargo, a través de la estructura que se realizará desde la dimensión analítica de la dogmática jurídica del derecho a la salud en toda su amplitud, determinaremos si el precepto constitucional que tiene su origen en la Constitución de 1917, mismo no ha sido reformado en su estructura conceptual significativamente desde entonces, es susceptible de considerarse vigente en la actualidad y bajo las condiciones y estándares que se presentan en nuestra realidad social o no.

Es necesario señalar que, a partir de la reforma constitucional de 2011, se amplió el catálogo de los derechos humanos que forman parte de la Constitución mexicana, pues ahora son reconocidos con carácter vinculatorio los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los cuales nuestro país forma parte,¹⁴ y en algunos de ellos se garantiza el derecho a la salud en toda su amplitud y no sólo a la protección de la salud,¹⁵ por lo que debemos determinar si bajo la influencia de los referidos derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México forma parte, se pueden hacer o no cambios estructurales en la ley fundamental.

Ahora bien, dadas las condiciones actuales derivadas de la pandemia provocada por el virus designado como SARS-CoV-2, podemos advertir que el derecho a la salud implica un vasto y complejo conjunto de factores y elementos,

¹⁴ Debido a lo amplio y delicado del tema, se realizará un estudio pormenorizado de la contradicción de tesis 293/2011, así como un estudio comparativo entre los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales que tienen reconocido un carácter vinculatorio.

¹⁵ Sirve de apoyo, la jurisprudencia sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVII, julio de 2008, p. 457; la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, artículo 25.1, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, consultado el 13 trece de enero de 2019 dos mil diecinueve; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12, <https://www.colmex.mx/assets/pdfs/>, consultado el 11 once de enero de 2019 diecinueve; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", artículo 10, <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/>, consultado el 13 trece de enero de 2019 dos mil diecinueve y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental, www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosEconomicosSocialesCulturales-CESCR.htm, consultada el 12 doce de enero de 2019 dos mil diecinueve.

que se traducen en la necesidad de intervenciones positivas por parte del Estado y no sólo a prerrogativas de índole prestacional, ni mucho menos a actividades relacionadas con la seguridad social de un sector de la población.

Es esa dimensión subjetiva compleja y multidimensional del derecho a la salud aquella que debe estar consagrada en un conjunto de normas objetivas y modelos jurisprudenciales para garantizar la salud de los individuos de una sociedad.

Si bien en nuestro país el Poder Judicial de la Federación determina cuales son los criterios que deben tomarse en cuenta para interpretar normas de la Constitución, entre ellas su artículo cuarto párrafo cuarto, mediante jurisprudencias que establecen los alcances y las técnicas jurídicas para asegurar la prerrogativa en inserta en dicho precepto, lo cierto es que dicha interpretación sólo puede considerarse en un proceso judicial, y no así en la vida cotidiana de las personas.

Es por todo lo anteriormente dicho que, considerando los límites que actualmente tiene el precepto constitucional encargado de reconocer el derecho a la salud de los individuos en nuestro país, producto de la falta de actualización teórica y conceptual, que analizaremos los elementos necesarios para formular una nueva estructura jurídica que permita considerar la inclusión del derecho a la salud en toda su amplitud dentro del texto constitucional, determinando la factibilidad para el Estado mexicano de reconocer el derecho a la salud como la terminología adecuada para su consagración.

I. Los derechos fundamentales, los derechos humanos y la salud

Hablar de derechos fundamentales nos evoca la profunda y recurrente discusión que se ha tenido en relación a los derechos fundamentales y su relación con los derechos humanos, así como los elementos que los distinguen y la forma en que se diferencian, por lo que, es preciso abordar inicialmente el estudio de los derechos fundamentales desde la dimensión analítica de la dogmática jurídica,¹⁶ puramente formal o estructural,¹⁷ a fin de formar un panorama analítico conceptual que nos permita entenderlos adecuadamente y posteriormente estudiar los derechos humanos para formarnos un criterio analítico con respecto al tema que nos concierne.

Los derechos fundamentales han sido analizados por distintas disciplinas y métodos en el ámbito de las ciencias sociales, como la historia, la sociología o la filosofía, lo que, en conjunto, formularía teorías generales en torno a ellos, sin embargo, en la presente investigación, lo que se pretende formular es una teoría concreta del derecho fundamental a la salud a partir de la dogmática jurídica o ciencia del derecho, a través de la dimensión analítica.

Robert Alexy en su teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental,¹⁸ distingue tres dimensiones para formar una teoría jurídica estructural e integrada:¹⁹ la dimensión analítica, la empírica y la normativa.²⁰ La vinculación de esas tres dimensiones, orientadas a la práctica de la ciencia del derecho, constituyen lo dogmático y, con ello, lo jurídico en sentido estricto.

¹⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 29, 30.

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Roma, Trotta, 1999, colección Estructura y Procesos, p. 37.

¹⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 28.

¹⁹ Si bien formular una teoría jurídica estructural e integrada, es lo más indicado por mostrar el panorama completo y objetivo que la ciencia jurídica puede aspirar, es una tarea que representaría años de estudio, por tanto, comenzaremos por la dimensión analítica.

²⁰ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 29.

1.1. Teoría de los derechos fundamentales, a través de la dimensión analítica de la dogmática jurídica

Inicialmente, debemos entender que la dimensión empírica²¹ de la dogmática jurídica, representa consideraciones del derecho positivamente válido, así como la formulación de premisas empíricas en la argumentación jurídica, lo que significaría considerar un amplio concepto del derecho positivo y de su validez constatada desde diversas perspectivas reales, enfocadas a la práctica judicial derivadas de la vaguedad normativa de los derechos fundamentales.

Por su parte, la dimensión normativa está enfocada en la “orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la jurisprudencia judicial”,²² ya que en los derechos fundamentales del derecho positivamente válido, surgen dudas sobre cuáles son las formas de conducta que se requieren en los casos concretos, por lo que es necesario definir “cánones de interpretación”²³ para identificar la respuesta correcta. Las valoraciones que se realizan mediante la dimensión normativa de aspectos que han quedado pendientes en el derecho positivo, sirven para llenar lagunas que se presentan por las condiciones de “textura abierta del derecho”.²⁴

Toda vez que en la presente investigación no pretendemos formular premisas argumentativas del derecho positivo y de validez jurídica, enfocadas a la práctica judicial, ni realizar valoraciones orientadas a algún caso concreto y a la decisión correcta de situaciones derivadas de la vaguedad de la normativa de derechos fundamentales, nos enfocaremos en la dimensión analítica, la cual se encarga de efectuar consideraciones sistemático-conceptuales del derecho válido, determinando su construcción como norma en un sistema jurídico, “...construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y las

²¹ *Ibidem*. p. 30.

²² *Ibidem*, p. 32.

²³ H.L.A. Hart, *El concepto del derecho*. trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 158.

²⁴ *Ibidem*, p.155.

restricciones de los derechos fundamentales y la del efecto en terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, la llamada irradiación de los derechos fundamentales) y de la fundamentación sobre la base de los derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación)...”.²⁵

Una vez fijado nuestro enfoque de estudio desde la dimensión analítica de la dogmática jurídica, en primera instancia formaremos estructuras sistemático-conceptuales y sustanciales de los derechos subjetivos y la norma como elementos que integran los derechos fundamentales, lo que es de suma importancia para formular conceptos fundamentales de naturaleza formal o estructural mediante una visión neutral que se aproxima a la óptica del positivismo metodológico o conceptual, el cual acude únicamente a propiedades descriptivas para entrañar la esencia de los conceptos.

El positivismo metodológico o conceptual sostiene que se deben tener en cuenta sólo propiedades descriptivas “...el concepto de derecho *no* debe caracterizarse según propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas...”,²⁶ de ahí que hacer énfasis en las propiedades fácticas y no valorativas, nos proporciona una visión neutral válida de los derechos fundamentales, y los elementos que los estructuran, obteniendo como resultado el derecho en sentido estricto, por su estructura teórica.

Si bien nuestra investigación dista mucho de la formulación de consideraciones filosófico-jurídicas y sociológicas, resulta indispensable analizar los derechos fundamentales bajo la perspectiva del positivismo excluyente y los hechos fácticos, lo que Joseph Raz nombra “fuentes sociales”,²⁷ por tratarse de un estudio relacionado con ordenamientos jurídicos emanados de una ley fundamental y válida, pues limitarnos a un enfoque meramente independiente de las fuentes sociales, puede representar que al momento de formular el estudio

²⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p.30.

²⁶ Carlos Santiago, Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, S. A., 2003, p. 37.

²⁷ Joseph Raz, *La autoridad del derecho, ensayo sobre derecho y moral*, México, Coyoacán, 2011.

teórico referido, nos resulte imposible ligarlo con la forma en que éste es aplicado al marco geográfico que definimos para nuestro análisis.

Como ya lo señalamos será necesario analizar los derechos fundamentales en general, desde una forma teórica, puramente formal o estructural. Según Luigi Ferrajoli, son:

...aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas...²⁸

Dicha definición teórica nos da un panorama general de los derechos fundamentales sin hacer referencia exclusivamente a aquellos adscritos a ordenamientos jurídicos positivos de algún país, lo que nos proporciona elementos de suma importancia para el desarrollo de nuestro tema; asimismo, dada la naturaleza formal o estructural de la definición nos permite tener una visión neutral al momento de entenderlos “...prescinde de la naturaleza de los intereses o necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación...”.²⁹

Según la definición de los derechos fundamentales que antecede, encontramos como elementos estructurales principales a los derechos subjetivos y la norma, y a la universalidad de los derechos y al “status” de personas o ciudadanos como elementos derivados.

Es crucial tener una claridad sistemática-conceptual para clasificar los derechos fundamentales, lo que es posible a través del análisis mediante una

²⁸ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, Roma, Trotta, 1999, colección Estructura y Procesos, p. 37.

²⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, p. 38.

orientación formal lógica, que va desde la formulación de conceptos generales adjudicados a los derechos fundamentales como “derechos individuales” o “principios objetivos”, hasta su clasificación como “derechos de defensa”, “derechos de participación” o “autorizaciones de participación”.³⁰

Una vez definida la estructura general de los derechos fundamentales, a fin de formular una consideración teórica más delimitada y particular, debemos identificar los aspectos que éstos consideran, es decir, algunos derechos fundamentales están orientados a resguardar la libertad, otros la propiedad y de esa forma cada derecho fundamental, aún cuando está formado de derechos subjetivos y normas jurídicas tienen un enfoque particular.

Para tener una claridad sistemática-conceptual que nos permita clasificar los derechos fundamentales, en primer término debemos analizarlos mediante una orientación formal lógica, lo que nos lleva a prescindir de la tendencia habitual de relacionar de forma ineludible los derechos fundamentales con su aspecto dogmático, es decir, con su inscripción en alguna ley fundamental u ordenamiento magno concreto, pues si bien la gran mayoría de las constituciones contienen inscritos derechos fundamentales, su previsión no garantiza las condiciones de vigencia de dichos ordenamientos.

Aun y cuando pretendemos analizar los derechos fundamentales a través de un aspecto formal y estructural,³¹ no debemos omitir el análisis del núcleo intangible de éstos, derivado de valores extratemporales y transpersonales de lo moralmente recto, pues la asimilación de los ciudadanos en relación a las normas constitucionales, la unidad política que de éstas emana, depende en gran medida de las tradiciones, del nivel de conciencia política o los líderes con que cuente cada Estado.

³⁰ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 40.

³¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, Roma, Trotta, 1999, Colección Estructura y Procesos, p. 38.

De esta manera, atendiendo al carácter abierto y vinculante de los derechos fundamentales, derivados de principios que ofrecen elementos básicos en una norma marco, y aún cuando éstos puedan sufrir cambios técnicos, atendiendo aspectos económicos y sociales de adaptación, respecto a la evolución histórica del entorno de su aplicación, o incluso, depender de factores externos como la realidad histórica y el nivel de desarrollo cultural, político y económico, el aspecto medular que da origen a los derechos fundamentales debe analizarse a partir de los derechos naturales, o por lo menos a un contenido mínimo del derecho natural,³² lo que sin lugar a dudas evoca el profundo análisis y la recurrente discusión que se ha tenido en torno a la relación entre el derecho y la moral.

Abordar los derechos naturales, no nos debe alejar del marco analítico o conceptual, desde la dimensión analítica de la dogmática jurídica,³³ por lo que es preciso atender a proposiciones en distinciones conceptuales orientadas en base a la lingüística, enfatizando la importancia del significado de las palabras a través del lenguaje ordinario: "una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos".³⁴

H. L. A. Hart en *El Concepto de Derecho*, obra que describió como un "ensayo de sociología descriptiva",³⁵ propuso la idea del contenido mínimo del derecho natural, teoría que se puede interpretar como una predicción basada en aspectos ético-morales, lo que parecería contrastar con la dimensión analítica, incluso dando la apariencia de otorgar ciertas concesiones a la doctrina iusnaturalista, en relación a la separación que se propone entre derecho y moral, sin embargo, debemos entender dicha proposición como una consideración que sirve de base para construir un concepto de derecho subjetivo, lo cual forma parte de la teoría analítica de la dogmática jurídica o estricto derecho.

³² H.L. A. Hart, *El concepto del derecho*. trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963. p. 239.

³³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 29.

³⁴ H. L. A. Hart, *El concepto...*, p. XII.

³⁵ *Ibidem*, p. XI.

Para comprender el contenido mínimo del derecho natural, es imprescindible analizar la postura de Hart que valida y presupone la existencia de derechos naturales, aspecto que ha representado la materia de múltiples controversias dentro de la filosofía jurídica, por su estrecha relación con los derechos morales en relación a su condición ontológica y a la proposición iusnaturalista consistente en la afirmación de que una norma o sistema normativo no pueden ser clasificados de jurídico si contradicen aquellos principios morales o de justicia.³⁶

Es necesario señalar que la existencia de los derechos naturales está condicionada por la preexistencia de los derechos morales,³⁷ lo que nos conduce ineludiblemente a la relación entre el derecho y la moral, su relación histórica y la influencia que ha tenido uno sobre la otra, así como el problema de si “un sistema jurídico *tiene que* exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o tiene que apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo”;³⁸ de igual forma, si el derecho es susceptible de ser evaluado por estándares morales y si el derecho impone o debe imponer estándares morales a sus participantes.

Sería imposible profundizar en el análisis de todos los aspectos y problemas derivados de la relación entre el derecho y la moral, incluso, abundar demasiado en dicho tema podría distanciarnos de nuestro objeto de estudio, por lo que, centrándonos en la discusión que se ha tenido en relación a la existencia de los derechos naturales, debemos analizar los enfoques de Jeremy Bentham y de John Stuart Mill, mismos que rechazan la existencia del derecho natural, sobre todo por la idea de que dichos derechos estaban relacionados con aspectos

³⁶ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, S. A., 2003. p. 28.

³⁷ *Idem*, p. 47.

³⁸ H. L. A. Hart, *El concepto...*, p. 229.

místicos o religiosos, Bentham enfatiza que los derechos subjetivos son producto del derecho y que no hay derechos anteriores al derecho.³⁹

A su vez Hart, con una lógica direccionada a analizar al derecho natural desde una óptica independiente de la idea de Dios o del Estado, sugiere entender a los derechos naturales a través del fin (telos y finis), concepción teleológica de la naturaleza, que propone que todo en la naturaleza no sólo existe, sino que tiende a un estado óptimo preciso, como condición de “madurez biológica” y que incluye, como elemento humano distintivo, un desarrollo y excelencia de espíritu y carácter manifestado en el pensamiento y en la conducta.⁴⁰

Así pues, la concepción teleológica del estado natural del hombre, enfatiza su naturaleza como fuerza independiente al no estar supeditada a su elección, sino a su propia naturaleza, lo que se advierte al señalar aspectos como necesidades humanas, que aún cuando la voluntad del hombre niegue dicho impulso natural, no por ello deja de ser naturalmente positiva la necesidad de satisfacerlas,⁴¹ es decir, es natural para el hombre que todas sus actividades estén dirigidas a satisfacer sus necesidades, las cuales, tienen como objetivo principal preservar su supervivencia.

Finalmente, debemos considerar que cualquier sistema jurídico o moral (convencional) que no atienda a los aspectos como la vulnerabilidad humana, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos limitados, comprensión y fuerza de voluntad limitadas, y que el contenido mínimo normativo de los derechos fundamentales, no asegure los aspectos naturalmente básicos, que garanticen la supervivencia y existencia continuada dirigida al estado óptimo de los seres humanos, no podría perdurar por mucho tiempo.

³⁹ H. L. A. Hart, “Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill”, trad. De Juan Ramón de Páramo, *Anuario de derechos humanos*, Núm. 3, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, Universidad Complutense, 1985, p. 140.

⁴⁰ H. L. A. Hart, *El concepto...*, pp. 233-235.

⁴¹ *Ibidem*, p. 236.

Una vez definida la estructura general de los derechos fundamentales, a fin de formular una consideración teórica más delimitada y particular, debemos identificar los aspectos que éstos consideran, es decir, algunos derechos fundamentales están orientados a resguardar la libertad, otros la propiedad y de esa forma cada derecho fundamental, aún cuando está formado de derechos subjetivos y normas jurídicas tienen un enfoque particular.

El primer problema al que nos enfrentamos es fundamentar la elección al dirigir nuestra investigación en cuanto a derechos fundamentales y no derechos humanos, por lo que es de gran trascendencia identificar en primer término en qué consisten los derechos humanos y cómo están estructurados, y así, orientar nuestra investigación.

1.2. Teoría de los derechos humanos y el dualismo

Los derechos humanos han sido materia de análisis por parte de la teoría y la filosofía jurídica, esto, incluso antes de la aparición del propio término que los define actualmente. Es necesario precisar que, el término de derechos humanos pertenece al siglo XX, y que, con anterioridad se denominaban ya sea derechos naturales (mismos que analizamos previamente) o derechos del hombre. Para efectos de analizar el derecho humano a la salud, determinaremos el contenido de los derechos humanos, a través de la revisión de distintas posturas que se tienen en la actualidad.

El análisis conceptual y estructural de los derechos humanos han sido materia de muchas controversias en la actualidad, y pese a los numerosos estudios que se han dado en torno a ellos, no está determinada claramente una postura homogénea que determine su estructura y definición, pues, al analizar su estructura, elementos y antecedentes como derechos naturales, morales o subjetivos, parece remontarnos a cuestiones axiológicas, o a rasgos de religiosidad.

De ahí que, previo a formar un concepto concreto de los derechos humanos, si es que es posible, tendremos que determinar si existe un derecho dual o único, y el tipo de relación que existe entre el derecho positivo y los derechos en abstracto.

Así, para determinar la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo y la relación que existe entre estos, inicialmente debemos atender a la tradición anglosajona, la cual, ha intentado dar solución a dicho problema mediante el uso del lenguaje ordinario, tanto de *law*, para designar lo que en castellano se denomina “derecho objetivo” o “el Derecho” como un sistema de normas y, *right*, para denotar “los derechos” o lo que se conoce como “derecho subjetivo”.

Si bien, de la terminología usada por parte de la tradición anglosajona se puede inferir una postura práctica que separa los derechos subjetivos de los derechos objetivos, existen posturas teóricas que consideran que no se trata de dos cosas distintas, sino de un solo objeto.

Determinar si existen o no, relaciones de dependencia o independencia entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo, determina el tipo de consecuencias jurídicas y teóricas propuestas, tanto por las tesis dualistas, como por las teorías monistas del derecho, mismas que exponen consideraciones de vínculos entre el derecho y la moral “Los derechos se conciben, en el dualismo, como instrumentos que se apoyan y se justifican en razones de índole moral”.⁴²

Analizar la relación entre el derecho y moral facilita entender a los derechos humanos y formar un concepto en base de su estructura, ya que los derechos humanos como normativas jurídicas creadas recientemente, han adquirido su fundamento en premisas morales, ello, para desvincularse del arraigo religioso de

⁴² Rafael F. de Asis Roig, “La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, Vol. 1, 2008, p. 391.

los derechos naturales y con ello, aspirar al elemento fáctico del derecho objetivo que aporta a su exigibilidad diluyendo este dualismo originario.

La consideración de los derechos como instrumentos justificados éticamente convierte el discurso de los derechos en un discurso complejo (empapado de todos los problemas de los discursos morales), pero al mismo tiempo sirve para dotar de fuerza y consistencia a los derechos... E, igualmente para el dualismo, los derechos son instrumentos que se apoyan y necesitan del Derecho, en el sentido de que no cabe hablar de ellos si no encontramos referentes jurídicos que los soporten o, si se prefiere, si no podemos aportar razones jurídicas que sirvan para justificarlos. Y esta relación entre los derechos y el Derecho, de nuevo, suministra complejidad al discurso de los derechos, ya que supone, al menos, defender una determinada concepción del fenómeno jurídico y asignar un papel en su interior a los derechos.⁴³

Siempre que se habla de derechos humanos, es inevitable traer a la mesa del debate distintas corrientes filosófico-jurídicas que han tenido en la moral y el derecho una materia inagotable de reflexión, tales como el iusnaturalismo y su antagónico, el formalismo; asimismo, y derivado de los contrastes entre dichas corrientes filosóficas, encontramos, tanto la teoría del dualismo que supone la relación entre derecho objetivo y derecho subjetivo, y en contraposición, el monismo que niega la existencia de dos formas de derechos.

Afirmar que el derecho subjetivo y el derecho objetivo no dependen entre sí, argumentando que la naturaleza metafísica y el nivel axiológico moral del derecho subjetivo, le brinda autonomía y lo coloca en un grado superlativo en orden de importancia frente al derecho objetivo, limita a este último a un simple ordenamiento normativo cuya teleología radica en organizar las relaciones en una sociedad.

Asegurar que el derecho objetivo está supeditado al derecho subjetivo, bajo el argumento cronológico de su creación derivada, parece indicar que éste, tiene el único propósito de proteger lo abstracto o, en sentido opuesto, determinar que el derecho subjetivo debe su existencia a un ordenamiento jurídico, siempre y cuando esté inserto en él, hace suponer no sólo su codependencia, sino que son la misma figura jurídica.

⁴³ *Ibidem*, pp. 391, 392.

De ahí que, para determinar la relación de dependencia jurídica entre el derecho objetivo como expresión del derecho subjetivo o, viceversa, o para considerar las implicaciones que tiene la relación de dependencia o autonomía entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, es necesario considerar los factores que determinan la naturaleza tanto de uno, como de otro, sobre todo en los ámbitos conceptual y estructural que, finalmente determinan la forma en que se configura la noción de los derechos humanos.

La relación entre el derecho objetivo (derecho) y el derecho subjetivo (derechos),⁴⁴ como ya señalamos, condiciona de forma muy relevante la definición de derechos humanos, por lo que, para lograr teorizar y determinar la estructura conceptual sobre el derecho humano a la salud, debemos establecer en que grado existe preponderancia del derecho objetivo sobre el subjetivo o viceversa, o, determinar si se trata de relaciones de autonomía o subordinación de uno respecto a otro.

Existen múltiples teorías relacionadas con la dualidad entre los derechos objetivos y subjetivos, que incluso pueden ser heterogéneas al interior de una misma escuela, como es el caso del iusnaturalismo,⁴⁵ que, “en sus versiones más sofisticadas”⁴⁶ se parece dirigir a algunas posturas del positivismo, aunque sin renunciar a su clara tendencia teórica que se centra en el derecho natural como fuente del sistema normativo “Para el iusnaturalista, la fuente del derecho no es el Corpus iuris, sino ‘la naturaleza de las cosas’”.⁴⁷

Son numerosas las teorías jurídicas naturalistas, que han abordado autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Leibniz, Kant, Pufendorf, Wolff y Thomasius, para mencionar algunos de sus más importantes representantes, sin embargo,

⁴⁴ Entenderemos por derecho a aquel sistema jurídico comprendido por normas o enunciados que integran un ordenamiento jurídico vigente, y por derechos, aquellos principios de carácter axiológico, que no necesariamente se encuentran consagrados en normas jurídicas.

⁴⁵ Norberto Bobbio, *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, trad. Juan Carlos Bayón, Madrid, Debate, 1991, p. 75.

⁴⁶ Brian Bix, *Filosofía del derecho*, trad. Flores Ortiz, México, UNAM, 2010, p. 67.

⁴⁷ Norberto Bobbio, *Estudios de historia de la filosofía...*, p. 75-82.

dichas teorías, lejos de ser homogéneas, muestran las diversas formas en que se puede comprender el derecho natural,⁴⁸ aunque dicha diversidad, no altera el factor común que comparten dichos autores en relación a la idea de la primacía del derecho natural sobre cualquier otra forma de derecho, que adquiere sentido a través de una ética racional, defendiendo la preexistencia del derecho natural, frente al derecho positivo.

De ahí que, quien se oriente por la teoría del iusnaturalismo, afirma que el derecho objetivo, derivado de los derechos naturales, es un instrumento para su positivización y está subordinada a los derechos subjetivos de los que emana.

En su contraparte, las teorías del monismo entienden el derecho como una unidad, pero se centran en suprimir a los derechos naturales, al derecho subjetivo o todo aquel sistema regulador que tenga connotaciones axiológicas o características de derecho primigenio, reduciendo a los derechos subjetivos como meras herramientas retóricas de justificación para el derecho positivo.

El derecho subjetivo no es distinto del objetivo, sino el Derecho objetivo mismo en tanto que se dirige contra un sujeto concreto (deber) o en tanto que se pone a disposición del mismo (facultad). Una vez reducido de ese modo el derecho subjetivo al objetivo, una vez que aquél se deja absorber por éste, se excluye la posibilidad de todo abuso ideológico.⁴⁹

⁴⁸ Sobre la pluralidad de autores y corrientes dentro del iusnaturalismo, Bobbio hace una revisión histórica que va desde Pufendorf a Kant: "Bajo la etiqueta de 'escuela del derecho natural' se esconden autores y corrientes muy diferentes: grandes filósofos como Hobbes, Leibniz, Locke, Kant, que se ocuparon también aunque no principalmente, de problemas jurídicos y políticos, encuadrables en corrientes de pensamiento diferentes e incluso opuestas, como Locke y Leibniz, como Hobbes y Kant; juristas-filósofos, como Pufendorf, Thomasius y Wolff, también con divergencias sobre puntos esenciales de la doctrina (a título de ejemplo, Wolff es considerado como anti-Pufendorf); profesores universitarios, autores de tratados escolásticos que después de sus discípulos, quizá nadie ha vuelto a leer; y finalmente, uno de los más grandes escritores políticos de todos los tiempos, el autor del Contrato Social". Norberto Bobbio, *Estudios de historia de la filosofía...*, p. 74.

⁴⁹ Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*, 3ª edición, México, Colofón, 1990, p. 43.

No sólo el positivismo Kelseniano niega el dualismo, afirmando que el derecho positivo no se reduce a penalizar los actos ilegítimos o despreciables, sino que legitima en si mismo tanto la norma como el acto.

Por su parte, la teoría del utilitarismo presenta una clara aversión por la influencia religiosa en los sistemas normativos, denotando su postura dirigida a anular las referencias orientadas a los derechos subjetivos, argumentando que cualquier derecho, lejos de ser importante en relación a su naturaleza, debe orientarse a aquello que sea provechoso para la sociedad.

Dicha postura práctica, muestra poco interés por el origen de las prerrogativas, prefiriendo atender a los resultados que sean favorables para la consecución del fin, de ahí que Bentham niegue la existencia de los derechos naturales, determinando que ningún precepto debe hacer contrapeso a lo legal.⁵⁰

Así pues, es evidente que tomar una postura, ya sea dualista o monista, influirá de forma diversa en la concepción que se formule respecto al derecho humano a la salud, y dado que, como se analizará posteriormente, al momento de relacionar el derecho humano a la salud, con sus antecedentes basados en los derechos naturales, desde su origen derivado del iusnaturalismo religioso, y su posterior proceso de desarrollo con los derechos morales y derechos subjetivos, determinaremos el vínculo existente entre el derecho positivo, en nuestro caso como un derecho fundamental, y los derechos en abstracto.

1.3. La noción del derecho subjetivo, la correlatividad y terminologías jurídicas

Previo a realizar consideraciones conceptuales en torno al derecho humano a la salud, debemos determinar que la naturaleza de los derechos subjetivos, está

⁵⁰ Confróntese con: Jeremy Bentham, *The Works*, Vol. 2, Edinburgh, William Tait, 1843, p. 500.

orientada a lo ético-filosófico,⁵¹ pues, a partir de la ética, es posible responder a las cuestiones axiológicas relacionadas con el derecho a la salud, como una prerrogativa inherente a los individuos, lo que determina sus alcances, mismo que son independientes de la validez de las normas vigentes.

Esta primera perspectiva, al aceptar la naturaleza del derecho humano a la salud como un conjunto de pretensiones, privilegios, potestades, inmunidades que son correlativas de deberes o que hacen al sujeto susceptible de exigir la sujeción, la incompetencia o el no derecho de otro sujeto, que determina su actualización mediante la autodeterminación del sujeto, nos representa la primera dificultad, pues debemos justificar la correlatividad en dicha formulación teórica.

La teoría de la correlatividad o del binomio entre derechos-deberes, de origen anglosajón y de tradicional alemana, derivó del nacimiento, tanto de la teoría del beneficiario, como de la teoría de la elección, también conocidas como la teoría de la voluntad y la teoría del interés.

La teoría del interés o del beneficiario, como su nombre lo dice, identifica a los derechos como beneficios, mismos que son consagrados y garantizados, por parte del derecho positivo, lo que nos permite relacionar el derecho subjetivo como el interés o beneficio que posee su titular, doctrina que se diferencia de la teoría de la voluntad o de la elección, pues ésta argumenta que los derechos son el reconocimiento de la elección de una persona y el poder de ejercicio de la voluntad de los individuos, es concedido por un ordenamiento jurídico.⁵²

Si bien, hemos atendido a la estructura conceptual del derecho subjetivo y del derecho positivo, de nada nos serviría dicho contenido sin analizar las relaciones que existen entre derechos y deberes, aspecto que se aborda en la

⁵¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p.174.

⁵² Esta síntesis grosso modo de las hipótesis de las teorías del interés y de la voluntad es, como puede verse, una descripción muy general de las mismas, sin embargo, para los fines de este apartado, no es de interés exponerlas con minuciosidad.

teoría de la correlatividad, primero, desde un ámbito lógico y conceptual, pero que finalmente deriva inevitablemente en problemas de carácter axiológico.

Existen muchas posturas teóricas que atienden a las relaciones entre derechos y deberes, desde posturas utilitarista, que se sustentan en la teoría del interés y de la voluntad, como es el caso de Bentham, Ihering y Windscheid, hasta tesis con un carácter más tradicional de la correlatividad.

Sin duda, los teóricos con mayores aportaciones a la teoría de la correlatividad son Kelsen, Hohfeld, Hart, Dworkin, pues son quienes han planteado los parámetros en torno a los que se ha discutido mayormente el tema, derivando en tesis de la correlatividad moderada de Benn y Peters, o la correlatividad en sentido fuerte de Radin y Lyons, lo cierto es que la teoría de la correlatividad ya sea desde su afirmación o su negación, es un tema que aunque es trascendente para la teoría jurídica, se presenta como un aspecto teórico irresoluto, heterogéneo y aporético, pero que, resulta necesario para establecer una postura con respecto a los derechos humanos.

De ahí que, para determinar una postura con respecto al tipo de relaciones que existen entre los deberes y los derechos, comenzaremos analizando la tesis clásica de la correlatividad, la cual, afirma la existencia de una relación conceptual entre derechos y deberes, los que aporta a la definición del concepto de derecho subjetivo, entendiéndolo como "...una pretensión o facultad atribuida a un sujeto o una clase de sujetos frente a otro sujeto o clase de sujetos, a quienes se les impone una prestación normativa correlativa... Los derechos son, pues, pretensiones justificadas y relativas a normas o sistemas de normas".⁵³

Así, las premisas principales de la tesis clásica de la correlatividad aseveran que, un derecho no sólo produce un deber, sino que se traduce como un deber; y

⁵³ Juan Ramón de Páramo, "Derecho subjetivo", en: Ernesto Garzón Valdés y 2 Francisco J. Laporta (eds.), *Enciclopedia iberoamericana de filosofía. El derecho y la justicia*, 2ª edición, Vol. II, Madrid, Trotta, 2000, p. 367.

que sólo a partir del deber de otros respecto a alguien, se puede afirmar que ese sujeto posee un derecho.

Si bien, los derechos siempre son correlativos de obligaciones, como beneficio o derecho de recibir algún servicio, ya sea en sentido afirmativo de brindar prestaciones negativo para privar de conductas nocivas para el titular, no es así que las obligaciones sean correlativas de algún derecho, dado que pueden no generar ninguna utilidad para nadie.⁵⁴

Los derechos y las obligaciones, aunque distintos y opuestos en su naturaleza, son simultáneos en su origen e inseparables en su existencia. De acuerdo con la naturaleza de las cosas, la ley no puede otorgar un beneficio a nadie, sin, al mismo tiempo, imponer una carga sobre alguien más; o, en otras palabras, un derecho no puede crearse a favor de nadie, sin imponer la obligación correspondiente a otro. ¿De qué manera se me podría conceder un derecho a la propiedad de la tierra? Imponiendo a todo mundo, excepto a mí, la obligación de no tocar su producto. ¿Cómo se me confiere el derecho de mandar? Al imponer a una región, o a varias personas, la obligación de obedecerme.⁵⁵

Así, lo significativo en la tesis de la correlatividad, no es la distinción entre deberes y derechos, sino reconocer su dependencia y coexistencia. Si para Bentham la norma a partir de su primacía es la que otorga derechos, ésta no puede eximir a tal acción de forma simultánea crear obligaciones, y a su vez, generar las condiciones para que dichas obligaciones se cumplan.

Entonces, inclinarse por la teoría de la correlatividad desde su tesis clásica, implica como parte de sus alcances, aceptar que no pueden otorgarse derechos en una sociedad sin restringir de algún modo la libertad de los participantes de la propia sociedad. De ahí que los ciudadanos acepten la restricción de su libertad, en la medida de que los derechos que se adquieren sean proporcionales, pues la finalidad de dicho consenso, es la del mayor beneficio para el mayor número de

⁵⁴ Juan Antonio Cruz Parceró, *El concepto de derecho subjetivo...*, p. 187

⁵⁵ *Idem.*

personas, visión utilitarista que, mediante el sacrificio de la libertad se logra la conservación de la sociedad.

Es importante recalcar que, el consenso en el que los ciudadanos aceptan la restricción parcial de la libertad, como aquella imposición de obligaciones, debe tener como justificación el principio del interés general “La unidad de la voluntad en el contrato (consensus) no es otra cosa que el acuerdo de las partes sobre la coincidencia completa de sus respectivos intereses”.⁵⁶

Entonces, a partir de la teoría del interés o el beneficio, si entendemos que el fin del derecho subjetivo consiste en la enunciación de la existencia de un beneficio para el individuo, debemos comprender que dicha prerrogativa es codependiente de la existencia de los deberes, por lo que no pueden eludirse éstos, si se pretende lograr el fin hacia el que están dirigidas las acciones de la ley.

Por su parte, atendiendo la teoría de la elección o teoría de la voluntad, el derecho subjetivo es considerado un poder o potestad “El derecho es un poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico”,⁵⁷ idea que debe ir ligada a la existencia de obligaciones, mismas que están dirigidas a aquellos involucrados en el cumplimiento de la voluntad del agente titular del derecho, derivado de las relaciones jurídicas.

Así, la relación en la que interactúan tanto los derechos como los deberes, adquiere sentido desde un aspecto procesal, el cual se traduce en el ejercicio de la voluntad del actor para hacer cumplir, frente a sí, la obligación de los otros, acto procesal que se materializa en la acción judicial.

⁵⁶ Rudolf von Ihering, *El fin del derecho*, trad. Leonardo Rodríguez, Madrid, Biblioteca de filosofía y sociología, 1968, p. 29.

⁵⁷ Rudolf Ihering, *La dogmática jurídica: seguida de un apéndice con las doctrinas de Ihering y Windscheid sobre el derecho subjetivo*, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 221.

Si bien, para efectos de la presente investigación aceptaremos la teoría de la correlatividad entre derechos y deberes, aunque con algunas variantes que señalaremos posteriormente, esto, pues un correlato entre deberes y derechos nos permite expandir los alcances del derecho subjetivo a la salud que consideramos pueden ser facticos en la legislación mexicana, aunque no por ello debemos pasar por alto que se trata de temas aporéticos y que existen posturas teóricas antagónicas válidas.

Uno de los principales argumentos a considerar contra de la teoría clásica de la correlatividad es que no podemos limitar los alcances de los derechos subjetivos a una relación unilateral entre derechos y deberes, sino que implica un conjunto de relaciones en sentido amplio, “El reconocimiento de los derechos exige un examen minucioso de un entramado complejo de relaciones normativas”,⁵⁸ pues aun cuando atendamos a una teoría dual, no siempre la prioridad sitúa a los derechos sobre los deberes.

Una postura radicalmente antagónica a la teoría de la correlatividad, es la tesis kelseniana en la que se plantea la idea de un derecho subjetivo reflejo, misma que pone en primer lugar a las obligaciones y no a los derechos, por considerar que los propios derechos se deducen de los deberes.

Sin embargo, el sentido reflejo a que se refiere kelsen, no sólo trata de priorizar al deber frente al derecho, sino que el derecho tan solo es una refracción de las obligaciones, mismos que autosubsisten con entera independencia de los derechos.⁵⁹

De ahí que, la acepción del derecho subjetivo, por parte de Kelsen, sólo tiene lugar en cuanto justifique la capacidad de imponer sanciones o exigir el cumplimiento de algún deber, pero no nace previo al derecho positivo, sino que

⁵⁸ Juan Ramón de Páramo, “*Derecho subjetivo*”..., , p. 368.

⁵⁹ Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*..., p. 40.

sólo puede proceder de la norma, siendo la propia norma, la que, con su materialización a través de la acción jurídica le da existencia.

Si bien, la teoría clásica de la correlatividad, desde el iusnaturalismo, está mucho más orientada a la primacía de los derechos morales, y su contraparte, el positivismo metodológico conceptual, se caracteriza por dar primacía al sistema jurídico y a la norma, lo cierto es que “el positivismo jurídico, en la medida en que se convierte en una postura más sofisticada y responde a sus adversarios, se dirige irremediabilmente hacia posturas cercanas a las del iusnaturalismo”⁶⁰ y viceversa.

servirá para la fundamentación de los derechos humanos, y es por ello que analizaremos, por último, su visión teórica como uno de los teóricos que han estudiado la tesis de la correlatividad, ya que como se abordará posteriormente, nos servirá de enlace entre el derecho subjetivo y los conceptos de los derechos humanos y los derechos fundamentales, respectivamente.

Entonces, a fin de fijar nuestra postura en relación a la correlatividad, a fin de establecer los alcances de los derechos humanos, en particular al derecho humano a la salud, lo haremos a partir de la influencia teórica del positivismo en su versión más sofisticada,⁶¹ a través de H. L. A. Hart, quien propone una concepción sobre los derechos morales, no sólo reconociendo su existencia, sino atendiendo a su necesaria observancia en la estructura de las normas jurídicas, tanto como reglas primarias, como secundarias, mismas que deben formar parte de un sistema institucionalizado, pues derivan de elementos internos.

El acercamiento que parece tener Hart al iusnaturalismo, se advierte al considerar que los derechos morales integran parte del derecho, lo que se infiere de su consideración sobre la existencia del derecho natural universal a ser

⁶⁰ Brian Bix, *Filosofía del derecho...*, p. 66.

⁶¹ *Ibidem*, p. 67.

igualmente libres “si de alguna forma existen derechos morales, entonces existe al menos un derecho natural: el derecho de todos los hombres por igual a ser libres”, afirmación que, si bien resulta inconsistente al no adoptar una postura firme al respecto, deja abierta la posibilidad sobre la existencia de otros derechos naturales, concesión que permitiría hacer extensiva a la salud como parte ellos.

Es importante señalar que no es mera coincidencia que Hart eligiera el derecho natural a la libertad como la puerta que posibilita el reconocimiento de la existencia de otros derechos naturales “tiene derecho a que los demás se abstengan de ejercer coerción o de aplicar restricciones en su contra”,⁶² pues dicha afirmación no solo integra la tesis de la correlatividad en la que se considera el derecho comprendido como libertad y el deber de otros para respetarlo, sino que fija una postura sobre la complejidad de establecer los distintos derechos naturales que se consideran en la teoría jurídica, mismos que se han tipificado en grupos como derechos sociales, políticos o culturales entre otros.

De esta manera, si aceptamos la existencia de los derechos naturales, como esencia y precedente en lenguaje del derecho subjetivo, mismo que es correlativo de deberes, nos permite entender que la salud, como derecho humano está integrado de la estructura y material teórico analizados. Pero es preciso dejar subsistente el tópico sobre la libertad como derecho natural destacado, para un posterior estudio en la presente investigación pues dicho tema nos permitirá resolver si es, o no factible concebir a los derechos humanos en generaciones, escuelas o cualquier otro tipo de catálogo que los agrupe por sus características y posibilidad de ser garantizados.

Es preciso señalar que, el derecho subjetivo no se puede considerar como una capacidad o pretensión⁶³ por el sólo hecho de derivar de un concepto de la

⁶² H.L.A. Hart, “¿Existen los derechos naturales?”, en *Estudios públicos*, núm. 37, 1990, p. 46.

⁶³ En su ensayo *Definition and theory in jurisprudence* se refiere al derecho subjetivo como claim o pretensión: “...la afirmación ‘Smith tiene derecho a que se le paguen diez libras’, expresada por un juez al decidir el caso, tiene un estatus diferente de la expresión de ella fuera del tribunal, donde

moral, dicha condición no es suficiente, ya que, no es por la autoridad moral del titular que se pueda condicionar la acción de otro individuo a su elección, sino que es necesario que dicho derecho subjetivo esté integrado en una norma jurídica para que, con la coacción como instrumento se pueda determinar el comportamiento de otra persona.

Entonces, es necesario introducir en el presente análisis, la noción del poder como status jurídico, el cual, desde una teoría de correlatividad, debe entenderse como aquella facultad que tiene el titular de un derecho para alterar, condicionar y modificar la conducta de otro individuo, pues el poder del titular confiere una obligación con la sola determinación de la prerrogativa.

De ahí que, si aceptamos la noción de poder y su atribución coactiva, a su vez estamos aceptando la existencia de una correlación entre el derecho como poder y la obligación como aquel condicionamiento o modificación de la conducta, lo que con independencia de la designación que se haga del derecho o del deber, se advierte la existencia de ambos elementos.

Es aquí en donde convergen los conceptos que hasta ahora hemos abordado, toda vez que al elegir el derecho a la salud como derecho fundamental, éste, deriva de una preexistencia como derecho humano, ya que atiende a la protección de un derecho sustancial e inalienable del hombre, mismo que debe ser entendido a través del *telos* o su propio fin, pues con dicha concepción teleológica de la naturaleza, se propone que la salud atiende a la esencia natural, pues todo en la naturaleza no sólo existe, sino que tiende a un estado óptimo preciso, como condición de madurez biológica y que incluye, como elemento humano distintivo,

puede ser utilizada para formular una pretensión con un reconocimiento, o de muchas otras maneras... sin embargo, no obstante sus diferencias, las frases son del mismo tipo: ambas son conclusiones de derecho". Ver H.L.A. Hart, "Definición y teoría en la ciencia jurídica", en: *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 107. También véase el comentario de Juan Antonio Cruz Parceró, *El concepto de derecho subjetivo...*, p. 157.

un desarrollo y excelencia de espíritu y carácter manifestado en el pensamiento y en la conducta,⁶⁴ lo que solo es posible con la salud como elemento.

El estado natural del hombre, enfatiza su naturaleza como fuerza independiente al no estar supeditada a su elección, sino a su propia naturaleza, lo que se advierte al señalar aspectos como necesidades humanas, que aun cuando la voluntad del hombre niegue dicho impulso natural, no por ello deja de ser naturalmente positiva la necesidad de satisfacerlas, ⁶⁵ es decir, es natural para el hombre que todas sus actividades estén dirigidas a satisfacer sus necesidades, las cuales, tienen como objetivo principal preservar su supervivencia no solo definitiva, sino continuada.

Es necesario precisar que la conexión teórica que existe entre los derechos humanos y los derechos fundamentales se encuentra en su común denominador, es decir, el derecho subjetivo la pretensión, privilegio, potestad o inmunidad correlativa de deber o que hace al sujeto susceptible de exigir la sujeción, la incompetencia o el no derecho de otro sujeto, determinando así, su actualización mediante la autodeterminación del propio sujeto.

Sin embargo, no todos los derechos humanos son derechos fundamentales, dado que es preciso estar consagrados en una ley fundamental o reconocidos por ésta como parte del catálogo de los derechos humanos que la norma marco reconoce.

De ahí que, atendiendo al ámbito meramente jurídico podríamos decir que los derechos fundamentales de nuestra ley fundamental, es decir positivamente válidos, deben distinguirse de aquellos que han tenido vigencia en el pasado, o que pertenecen a otros estados, lo cierto es que los derechos fundamentales

⁶⁴ H. L. A. Hart, *El concepto...*, pp. 233-235.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 236.

deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana.

Tomar en consideración la protección que realizan los derechos fundamentales en relación con la libertad y la dignidad, como ya lo indicamos, presenta la disyuntiva que versa en su distinción con los derechos humanos, sin embargo, es de considerarse que la función de los derechos humanos no sólo se limita a garantizar los derechos subjetivos de los individuos, sino también los principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del estado de derecho.

Los derechos fundamentales no sólo se deben leer a través del ordenamiento constitucional sino como un ordenamiento jurídico, ya que, en un Estado de derecho, los derechos fundamentales operan como un límite de la acción estatal, como garantía de los fundamentos del ordenamiento jurídico, en particular de los institutos esenciales del ordenamiento jurídico privado.

En Alemania, por ejemplo, tras la sentencia del 15 de enero de 1958, tras resolver el caso Luth, se rechazó la concepción formal de los derechos fundamentales, para considerar una noción material que comprende una dimensión jurídico-objetiva que los concibe como principios supremos del ordenamiento jurídico, protegiéndolos de cualquier relativización.

Si tomamos en consideración que los derechos fundamentales, según Miguel Carbonell,⁶⁶ protegen los intereses más vitales de toda persona, con independencia de los gustos personales y preferencias de cualquier persona (en lo cual no estoy totalmente de acuerdo por el derecho al libre desarrollo de la personalidad), deben dichos derechos ser universales (lo que también se presenta como una aspecto debatible), sin embargo, la característica de la universalidad sin

⁶⁶ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2017, p. 14.

duda nos presenta la disyuntiva acerca de la diferencia que existe entre derecho fundamental y derecho humano.

En inicio diremos que los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor que a los derechos fundamentales, muchas veces los derechos humanos se presentan como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica, lo que se puede considerar a la luz de consideraciones axiológicas, incluso, en ocasiones pueden presentarse como derechos morales, es decir, aquellos derechos que debiendo ser objeto de positivización, en muchos casos no lo han sido.

Por su parte, los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidas y garantizadas por el derecho positivo, y es esa normativización la que proyecta nuestra investigación, dirigida a los derechos fundamentales, sin embargo, la siguiente cuestión a resolver es sobre el concepto de norma y todos los problemas teóricos que representa.

1.4. La norma del derecho fundamental, reglas, directrices y principios

Según Robert Alexy, las normas de derecho fundamental “son sólo aquellas que son expresadas directamente por enunciados de la LF (disposiciones de derecho fundamental)”.⁶⁷ Si bien dicha definición parece escueta, es esencialmente el aspecto que nos permitió considerar y finalmente decidir que nuestro tema sería estudiado a través de la dimensión analítica de la dogmática jurídica, en relación a la estructura de los derechos fundamentales.

⁶⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 66.

No podemos pasar por inadvertidas todas las controversias que esta definición trae consigo, la primera de ellas, como ya lo analizamos anteriormente es el diseño meramente positivista que dicho concepto evoca.

Por otro lado debemos considerar la reforma constitucional de 2011, en la que se amplió el catálogo de los derechos humanos que forman parte de la constitución mexicana, pues ahora son reconocidos con carácter vinculatorio los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los cuales nuestro país forma parte,⁶⁸ entendiendo que, para efectos de nuestra investigación, en algunos de ellos sí se garantiza el derecho a la salud y no sólo a la protección de la salud.⁶⁹

Así, es necesario determinar si los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México forma parte, cumplen con las características estructurales de una norma de la ley fundamental a que hicimos referencia previamente.

El concepto de norma es complejo y controversial y acompaña algunos elementos del derecho subjetivo, por la dificultad para establecer su finalidad,

⁶⁸ Debido a lo amplio y delicado del tema, se realizará un estudio pormenorizado de la contradicción de tesis 293/2011, así como un estudio comparativo entre los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales que tienen reconocido un carácter vinculatorio.

⁶⁹ Sirve de apoyo, la jurisprudencia sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVII, julio de 2008, p. 457; la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, artículo 25.1, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, consultado el 13 trece de enero de 2019 dos mil diecinueve; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12, <https://www.colmex.mx/assets/pdfs/>, consultado el 11 once de enero de 2019 diecinueve; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", artículo 10, <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/>, consultado el 13 trece de enero de 2019 dos mil diecinueve y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental, www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosEconomicosSocialesCulturales-CESCR.htm, consultada el 12 doce de enero de 2019 dos mil diecinueve.

objeto y método⁷⁰ y no sería factible hacer referencia exclusivamente al objeto dejando fuera de la investigación su finalidad o método⁷¹ sin el estudio pormenorizado y la explicación de tal postura, sin embargo a efecto de contribuir a nuestro tema, se hará una distinción de las diferencias y conexiones entre la norma del derecho fundamental y el derecho subjetivo que ésta protege "...alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho...",⁷²

En primer término es necesario identificar si efectivamente las normas en general de la ley fundamental representan un derecho subjetivo, es decir, si es que realmente indican pretensiones, privilegios, potestades, inmunidades que son correlativas de deberes o que hacen al sujeto susceptible de exigir la sujeción, la incompetencia o el no derecho de otro sujeto, determina su actualización mediante la autodeterminación del sujeto.

También, debemos considerar que existen normas directamente estatuidas por las disposiciones de derecho fundamental que están adheridas a normas muy diferentes a los derechos fundamentales y esto, en gran parte, genera controversia respecto a que normas deben ser consideradas como normas de derecho fundamental y cuáles no.

Para determinar si una norma puede considerarse de la ley fundamental o no, puede recurrirse, ya sea por un criterio empírico o uno normativo. El criterio empírico es el método que se inclina por aquellas normas que se encuentran fundadas en la jurisprudencia y criterios de la Corte, sin embargo, un criterio

⁷⁰ Sin duda la norma es un tema amplio y complejo, desde las cuestiones de semántica y las de las teorías de la validez hasta su estructura, sin embargo nos dedicaremos exclusivamente los aspectos más relevantes que tengan relación con nuestro tema, esto puede revisarse en la obra: Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 49.

⁷¹ Los conceptos que me parecen mayormente relevantes son: "... acto con el que se ordena, prohíbe o permite y especialmente se autoriza una conducta..." y "...una regla social...", conceptos que se advierten respectivamente en las siguientes obras: H. Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*, 2a. Ed., México, Editorial Nacional, 1981; y H. L. A. Hart, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961. Existe versión en español de Genaro R. Carrio, *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962.

⁷² Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 47.

empírico no es adecuado desde la perspectiva de una teoría jurídica de los derechos fundamentales, ello dado que lo que se busca no es el conjunto de precedentes derivados de criterios judiciales, sino la validez de la norma constitucional, “Para catalogar como válida a una norma de derecho fundamental directamente estatuida, basta la referencia a su positivización”,⁷³ incluso aun cuando la norma sea válida social o éticamente no le da el carácter de norma del derecho fundamental.

De ahí que, sin la pretensión de adelantarnos a nuestra investigación, resulte trascendente la forma en la que se encuentra redactada una norma en la ley fundamental, la cual no debe colisionar de ninguna manera con los principios estatuidos en la Constitución, ya que la ineficiencia de la norma, no puede ser suplida esencialmente por criterios jurisprudenciales o de la Suprema Corte, al no gozar éstos de las atribuciones que contiene un precepto de la ley fundamental.

Para Robert Alexy una norma adscrita vale y debe ser considerada como una norma de derecho fundamental, si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta,⁷⁴ de ahí la importancia de los temas anteriormente estudiados, es decir, la fundamentación iusfundamental de una norma fundamental debe contener en sí misma la positivización válida, el sustento teórico jurisprudencial o empírico, así como la validez ética y sociológica.

Una vez comprendido que las normas de derecho fundamental son aquellas que permiten una fundamentación iusfundamental correcta, o estar directamente estatuidas en el texto constitucional, cualquier otra interpretación sólo se reduce a un aspecto teórico, por tanto, la importancia de una estructura conceptual correcta de la norma.

⁷³ *Ibidem*, p. 71.

⁷⁴ *Idem*.

Para Friedrich Müller, una norma fundamental es mucho más que su texto literal, a lo que refiere conceptos “metapositivos modernos”⁷⁵ que dirige a la objetivación de valores superiores como la dignidad, la cual, en relación a la postura iusnaturalista, un tanto influenciada por Kant, desde su imperativo categórico, se puede traducir en que el hombre es fin en sí mismo, el problema con el que se enfrenta Müller es, según Alexy la distinción entre concepto de norma, relevancia normativa y el de fundamento de una norma.⁷⁶

En el caso del presente apartado, lo que se pretende analizar es la norma, lo normativamente relevante es aquello que se puede presentar como un argumento a favor o en contra de una determinación jurídica, las cuales se basan a su vez en normas, por tanto, las normas son normativamente relevantes, pero no todo lo normativamente relevante puede ser una norma jurídica:

...es perfectamente posible distinguir entre la norma como un objeto semántico y los argumentos valorativos, empíricos, prejudiciales, dogmáticos y de otro tipo que pueden ser aducidos para la fundamentación de una propuesta de interpretación.⁷⁷

En relación a la estructura de una norma fundamental debemos hacer una distinción entre reglas y principios. Si bien tanto las reglas y principios se dirigen al deber ser, y, por tanto, deben considerarse como aspectos normativos, también es cierto que no son idénticos y por tanto deben considerarse como dos aspectos normativos distintos.

El criterio de generalidad señala que mientras que los principios son normas de un grado de generalidad alto, es decir, orientadas a una mayor cantidad de individuos, las reglas son normas con un nivel relativamente bajo de generalidad, pues se aplican a ciertos grupos reducidos de individuos.

⁷⁵ Friedrich, Müller, *La positividad de los derechos fundamentales, cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, trad. Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Dikynson, 2016, p. 16.

⁷⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 78.

⁷⁷ *Idem.*

Partiremos de considerar, tal como señala Alexy que, las normas pueden dividirse en reglas y principios, y que la diferencia entre ambos no sólo es gradual sino cualitativa,⁷⁸ esto, ya que los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”,⁷⁹ como mandatos de optimización.

Mientras que las reglas, son normas que sólo pueden ser cumplidas o no, es decir no hay flexibilidad, debe hacerse tal y como dice la regla, pues las reglas contienen el elemento factico de lo existente, de lo real jurídicamente hablando, de ahí la distinción cualitativa entre regla y principio.

Los principios han dependido en gran medida de la argumentación jurídica, la cual no siempre ha fungido el mismo papel dentro los sistemas jurídicos normativos positivos de cada época, a lo largo de la historia ha llegado a estar más relacionada con la visión filosófica jurídica predominante de la época que de los propios marcos jurídicos.

Así, cuando ha imperado en el campo jurídico una visión positivista, la herramienta propia de interpretación está mayormente relacionada con el silogismo deductivo, o cuando existe más una inclinación por una visión sociológica jurídica, la tendencia está más dirigida a la interpretación informal.

La visión de Robert Alexy, enfocada en la teoría de la racionalidad práctica y después aplicada al saber jurídico como caso especial del discurso práctico general, ha encontrado sus bases teóricas en la escuela de Frankfurt, más precisamente con su segunda generación, tradición en la que se asocia la crítica hegeliano-marxista del mundo moderno en general y de la sociedad capitalista, de

⁷⁸ *Ibidem*, p. 86.

⁷⁹ *Idem*.

la interpretación de modernidad de Max Weber y de la comprensión de la subjetividad moderna de Freud.⁸⁰

Es precisamente Habermas y su teoría del discurso la que ha servido como base sobre la cual Robert Alexy construyó su teoría de argumentación jurídica, que, si bien se distingue por variantes teóricas importantes, entender la teoría del discurso de Habermas facilita la comprensión del origen y las directrices por las que se orientó Alexy.

El pensamiento de Habermas estaba orientado a la racionalidad comunicativa, que a diferencia de la objetividad del *cogito ergo sum*,⁸¹ característica del pensamiento moderno, anclado en la subjetividad del individuo, apuesta por el pensamiento subjetivo, pero en relación al otro, es decir, integrarse en una conciencia intersubjetiva de consenso.

La Teoría del discurso en Habermas, plantea que las evidentes discrepancias entre la lógica de la argumentación teórica y la de la argumentación práctica, no son tan irreconciliables o antagónicas como para considerar a la argumentación práctica como una argumentación racional, pues aún las cuestiones prácticas se pueden resolver mediante “la fuerza del mejor argumento”,⁸² de ahí que la base pragmática universal de Habermas esté dirigido al uso del lenguaje, pues a partir del acto del habla se pretende la comprensión de los participantes desde un sentido de validez y a través de reglas del discurso racional, ya sea que el dialogo se base en el tipo regulativo, constatativo, representativo o los actos del habla consensuales, “la argumentación no es —o no

⁸⁰ Miriam Mesquita, “La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, de la primera a la tercera generación”, en *Un recorrido histórico-sistemático*, núm. 34, 2009, pp. 193-211.

⁸¹ Locución latina que se traduce como pienso y luego existo, misma que es utilizada en la Discusión del Método propuesta por René Descartes, que acentúa la importancia de uso de la razón.

⁸² Claudia I. Lorenzo, “Robert Alexy: La Argumentación Jurídica”, en *Revista del Instituto de Estudios Penales*, Buenos Aires, núm. 2, 2010, pp. 37-71.

es sólo— un encadenamiento de proposiciones, sino un tipo de interacción, de comunicación”.⁸³

Así, abordando el derecho fundamental a la salud desde una perspectiva analítica de la dogmática jurídica,⁸⁴ tomamos como base la teoría del discurso de Habermas y la orientamos al discurso práctico procedimental, esto es, enfatizar la importancia del procedimiento, lo que es imprescindible para validar un enunciado normativo, es decir, deben establecerse reglas y formas para establecer una discusión racional o realizar una fundamentación apegada a la razón, sin que esto implique necesariamente que sea correcta.⁸⁵

Las reglas a que se refiere Alexy, no sólo son de índole semántica, sino también de orden pragmático, pues no sólo atiende al significado, sentido o interpretación de las palabras, sino que también regulan el comportamiento de quien realiza el acto del habla.

Ahora bien, una vez que consideramos todos los elementos teóricos que nos servirán como herramienta para analizar al derecho fundamental a la salud como está consagrado en nuestra ley fundamental y realizar las aportaciones correspondientes, es necesario analizar a la salud como elemento central y como derecho subjetivo en torno al cual gira nuestra investigación.

1.5. La salud como derecho subjetivo

Construir un concepto de salud es tan importante como comprender cuáles son las condiciones que lo identifican como un derecho, pues entender su

⁸³ Manuel Atienza, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005, p. 153.

⁸⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, pp. 29, 30.

⁸⁵ Manuel Atienza, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación ...*, pp. 154-156.

significado determina su propio alcance normativo y permite conocer las técnicas jurídicas necesarias para su protección.⁸⁶

La salud, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, es entendida como aquel estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.⁸⁷ Dicha definición, es identificada como la más autorizada en el derecho internacional por sus implicaciones institucionales, pues la Organización Mundial de la Salud tiene una gran influencia jurídica en materia de salud, dada su relación directa y de coordinación con otras organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas.

Es necesario precisar que la Organización Mundial de la Salud, creada a partir de la posguerra, como un organismo especializado dentro de la Carta de las Naciones Unidas, incluyó en 1948, en el preámbulo de su Constitución la definición de salud referida, trascendiendo el concepto de salud que partía exclusivamente desde lo biológico hacia lo psicosocial, lo que modificó radicalmente la forma en que se concebía la participación estatal para garantizar la salud de los individuos.⁸⁸

Así, la importancia sustancial de la definición de salud propuesta por la Organización Mundial de la salud, se advierte de la modificación en el enfoque que tenía perspectivas negativas, simplistas, asistencialistas y sanitarias, predominante hasta antes de la posguerra en gran parte de las normativas y políticas públicas, que en materia de salud se proponían en muchos Estados, propiciando que dichas condiciones fueran transformadas en acciones de carácter positivo para responder a la salud desde una perspectiva integral.

⁸⁶ Carlos Lema Añón, *Salud, justicia, derechos, el derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 36.

⁸⁷ Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Alma-Ata-1978Declaracion.pdf>, consultada el 25 de julio de 2020.

⁸⁸ Elisabeth Gómez Mengelberg, "Un recorrido histórico del concepto de salud y calidad de vida a través de los documentos de la OMS", en *Revista Terapia Ocupacional Galicia*, La Coruña, 2009, pp. 1-10, disponible en: <http://www.revistatog.com/num9/pdfs/original2.pdf>

Si bien, la Organización Mundial de la Salud, al proponer una definición de salud oficial, pretende la homogeneización respecto a las nociones conceptuales de salud a nivel internacional, y así, condicionar las medidas correspondientes en términos de normas y políticas públicas por parte de los Estados internacionales para proteger la salud, sin embargo, tal propuesta está lejos de tener un consenso universal.

Debemos entender que, proponer una noción de salud considerada oficial o institucionalmente correcta, trae consigo la obligatoriedad de su observancia coherente al momento de ser parte de una norma, esto es que, si en la ley fundamental se consagra el derecho de protección a la salud, deben protegerse no sólo aspectos relacionados con afecciones o enfermedades, sino la creación de las políticas públicas del Estado orientadas a dicho efecto, es decir, encaminadas a que el ciudadano se encuentre en un estado de completo bienestar físico, mental y social.

Si aceptamos la salud a partir del concepto holístico, propuesto por la Organización Mundial de la Salud, como un “fenómeno complejo”,⁸⁹ no es adecuado concretarlo en una ley fundamental a partir de una norma estructurada de forma simplista o que delegue a una ley secundaria la determinación relativa a las condiciones para su aplicación.

Así, podemos advertir el contraste que deriva del ideal presentado por el concepto de salud propuesto por la Organización Mundial de salud, como un objetivo para la consagración de dicha prerrogativa en un precepto jurídico fundamental, y lo que está plasmado en leyes fundamentales como la de México, en la que se pretende atender sólo aspectos prestacionales de atención sanitaria.

⁸⁹ Gustavo Alcántara Moreno, “La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad Sapiens”, en *Revista Universitaria de Investigación*, vol. 9, núm. 1, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Caracas, junio, 2008, pp. 93-107.

Dicho contraste evidencia, que en México no se ha dado una aplicación jurídica adecuada a un tema multidimensional con dicha complejidad como es la salud, mismo que debe ser abordado interdisciplinariamente, esto es, desde un ámbito médico, económico, social y político, por mencionar sólo algunas de las disciplinas que confluyen en la consecución de la salud, que muchas ocasiones se considera sólo desde una directriz biológica, “siendo básicamente biológica, ignora la etiología no-biológica de muchas enfermedades y su correspondiente terapéutica, igualmente no biológica”.⁹⁰

En el párrafo cuarto, del artículo cuarto de la Constitución mexicana, advertimos que:

...Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.⁹¹

Si advertimos la inconsistencia conceptual, fáctica y normativa en nuestra ley fundamental, que no sólo omite integrar el concepto de salud señalado, sino que delega a la Ley secundaria en Materia de Salud, el establecimiento de bases y modalidades para el acceso exclusivo a los servicios de salud, es decir de atención sanitaria, insinuando que la atención sanitaria basta como propuesta integral en materia de salud, es evidente que el texto constitucional no consigue garantizar el estado de bienestar en materia de salud tal como se propone internacionalmente.

Es así que, al considerar el texto constitucional mexicano, debemos analizar si el concepto de salud propuesto por la Organización Mundial de la Salud, se trata de una definición alcanzable, de una noción orientadora o se trata de una

⁹⁰ Miguel Martínez, “La investigación cualitativa (síntesis conceptual)”, en *Revista de Investigación en Psicología*, Lima, 2006, 123-146.

⁹¹ Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/servicios/datorele/cmprtvs/iniciativas/Inic/136/2.htm>, consultada el 10 de febrero de 2021.

imposición que obliga culturalmente a entender un producto artificial que ni se asimila, ni se entiende, “se aplica a todos los grupos sociales y a todos los períodos históricos por igual”,⁹² o se trata de un concepto que mediante un proceso de asimilación natural, tiende a la obtención de dicho objetivo.

También debemos considerar que, las dificultades para asimilar en el ser jurídico normativo de los Estados, el ideal propuesto en materia de salud por parte de la Organización Mundial de la Salud, no sean responsabilidad de la falta de aceptación por parte de los participantes de la sociedad o por considerar dichas nociones como imposiciones externas, y sea, simplemente, la responsabilidad de los gobiernos y su falta de compromiso en materia de salud con la sociedad.

Lo cierto es que, la definición de salud en comento, contiene certezas fácticas, es decir, posee nociones científicas, factores que son susceptibles de comprobación como la multiplicidad de elementos que integran al ser humano, y que no se limita a un solo aspecto, aun cuando en las medidas reales, sea difícil de alcanzar, sobre todo porque ofrece nociones como la del bienestar, los aspectos físicos, sociales y mentales en un sentido abstracto, lo que implica la dificultad para determinar muchos elementos que son necesarios abordar concretamente para determinar los alcances exigibles para que una norma garantice la salud.

Al analizar la salud desde la teoría del bienestar, se advierte el contenido teórico enfocado en dar satisfacción a las necesidades básicas del individuo, no sólo en el ámbito fisiológico sino psicológico y social, sustentando el desarrollo del proyecto de vida de los individuos:

...el bienestar social se traduce en la saciedad que experimentan los individuos que componen una comunidad en materia de sus necesidades desde las más

⁹² Vicente Navarro, “Concepto actual de la salud pública”, *En McGraw-Hill Interamericana de España*, 1997, pp. 49-54

vitales, hasta las más superfluas, así como la prospectiva aspiracional y su factibilidad de realización en un lapso admisible.⁹³

No es posible separar el bienestar relativo a la salud del bienestar social y económico, pues aunque la salud de los individuos no está determinada exclusivamente por dichos factores, es común que una nutrición adecuada, el acceso a agua potable o incluso, algo tan básico como el acceso a los servicios de salud, entre otros factores determinantes para tener una buena salud, están condicionados por el entorno socioeconómico de los individuos, por lo que, el bienestar en términos de salud debe ser entendido a través de una multiplicidad de procesos y desde el enlace de múltiples factores.

...la salud es una síntesis; es la síntesis de una multiplicidad de procesos, de lo que acontece con la biología del cuerpo, con el ambiente que nos rodea, con las relaciones sociales, con la política y la economía internacional.⁹⁴

Así, dichos procesos, no sólo no pueden estar aislados, sino que su naturaleza mantiene una íntima relación, que los imbrica entre sí, haciéndolos dependientes unos de otros, sobre todo por factores naturales, lo que se comprende con la concepción teleológica de la naturaleza humana, que propone que todo en la naturaleza no sólo existe, sino que tiende a un estado óptimo preciso, como condición de madurez biológica y que incluye, como elemento humano distintivo, un desarrollo y excelencia de espíritu y carácter, manifestado en el pensamiento y en la conducta.⁹⁵

Dicha concepción teleológica propuesta por Hart respecto al estado natural del hombre, enfatiza su naturaleza como fuerza independiente al no estar supeditada a su elección, sino a su propia naturaleza, lo que se advierte al señalar aspectos como necesidades humanas, que aun cuando la voluntad del hombre

⁹³ Ramón Elías, "Aproximación a la teoría del bienestar", en *Scientia et Technica*, Universidad Tecnológica de Pereira, Año XIII, núm. 37, septiembre-diciembre, Pereira, 2007, pp. 305-310.

⁹⁴ Roberto Briceño, "Bienestar, salud pública y cambio social", en Roberto Briceño, María de Souza y Coimbra jr. (coords.), *Salud y equidad: una mirada desde las ciencias sociales*, Editora Fio-Río de Janeiro y Editora Fio-cruz, Río de Janeiro, 2000, pp. 15-24.

⁹⁵ H. L. A. Hart, *El concepto...*, pp. 233-235.

niegue dicho impulso natural, no por ello deja de ser naturalmente positiva la necesidad de satisfacerlas.⁹⁶

Atendiendo a que es natural para el hombre que todas sus actividades estén dirigidas a satisfacer sus necesidades, las cuales, tienen como objetivo principal preservar la supervivencia, una supervivencia que en la salud se traduce como supervivencia continuada, se entiende, que la salud está ligada directamente con el desarrollo del individuo, que ineludiblemente está ligado a su entorno, mismo que está condicionado, en gran medida, por los aspectos económicos o industriales.

En la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en 1962, en Punta del Este, Uruguay, con la participación del Estado mexicano, la salud, fue considerada como un medio para alcanzar al desarrollo,⁹⁷ dicha reflexión, no sólo está orientada a partir del desarrollo social, sino que liga al individuo con los cinco principales elementos que influyen en su desarrollo como persona, la salud, la educación, el aspecto económico, el ambiente adecuado y las libertades fundamentales.⁹⁸

Es inevitable hacer énfasis en el aspecto económico del desarrollo, dadas sus implicaciones directas con el ambiente adecuado, las libertades y por ende en la salud:

...el desarrollo insuficiente que conduce a la pobreza como el desarrollo inadecuado que redundaría en el consumo excesivo, combinados con el crecimiento de la

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 236.

⁹⁷ Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, para servir de órgano de consulta en aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, celebrada en Punta del Este, Uruguay, en 1962, <http://www.oas.org/consejo/sp/rc/actas/acta%208.pdf>, consultada el 10 de marzo de 2021.

⁹⁸ Gao Alleyne, "La salud y el desarrollo humano", en *Boletín Oficina Sanitaria Panamericana*, Washington, 1996, pp.1-10.

población mundial, pueden redundar en graves problemas de salud relacionados con el medio ambiente en los países desarrollados y en los países en desarrollo...⁹⁹

Es importante destacar que el deterioro de la salud está determinado no sólo por la falta del desarrollo económico e industrial, sino en el desarrollo económico o industrial inadecuado, lo que por lo regular deriva en problemas ambientales, mismos que generan incluso un deterioro más radical de la salud en grandes sectores de la población.

Así, podemos entender que la multiplicidad de factores como la atención sanitaria, la protección ambiental y el desarrollo socioeconómico, no son aspectos aislados, pues exigen que la ejecución de sus actividades observe las repercusiones tanto positivas como negativas de unos con otros.¹⁰⁰

Es imprescindible atender los antecedentes históricos que relacionan el desarrollo social en su sentido socioeconómico y a la salud, pues el conocimiento histórico permite evitar la repetición de factores que imposibilitan que un Estado garantice la salud.

Sin embargo, incluso en la propia definición que la Organización Mundial de la Salud propone, se advierte la falta de consideración histórica, pues como es evidente en cada lapso histórico y en cada cultura, se han dado circunstancias históricas puntuales que determinan una noción muy particular respecto a la salud, mismas que no se consideran de forma precisa en la definición indicada.

Ese sesgo histórico y estructural que se advierte en la noción de salud propuesta y aquella que se tiene en distintas culturas desde sus antecedentes históricos, deriva en su falta de observancia al ser plasmada en una norma, lo que dificulta su aplicabilidad, pues los participantes de las normas jurídicas conciben

⁹⁹ Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro de 1992, <file:///C:/Users/52443/AppData/Local/Temp/DOCUMENTOS%20CUMBRE%20DE%20LA%20TIERRA%20DE%20RIO%20DE%20JANEIRO%201992.pdf>, consultada el 6 de marzo de 2021.

¹⁰⁰ *Idem.*

las instituciones y las prácticas, entendiendo la diferencia de sentirse obligado o tener una obligación que cumplir por deseo propio.¹⁰¹

Es evidente que, la salud cuando se analiza mediante estadísticas que determinan los porcentajes y causas de mortalidad, esperanza de vida, afecciones y enfermedades, ofrece toda una estructura científica que permite identificar veraz y fácticamente lo relacionado con aquel fenómeno cuantificable, sin embargo, en gran medida, las características de bienestar físico, mental y social, contrastan al estar imbricados aspectos de índole ideológica.

Así, mientras que, es evidente que aspectos tan comunes en la cultura mexicana, como es la perforación en los lóbulos de los oídos para poner aretes, sobre todo en individuos infantiles de género femenino, es un aspecto de índole tradicional, y, aun cuando es evidente que dicha actividad genera alteraciones físicas a quienes se infringe dicha perforación, la carga tradicional e ideológica que trae consigo dicha actividad para los participantes de esa tradición, no está relacionada con aquello que altere la salud de los participantes.

De ahí que, la salud no puede considerarse únicamente desde la perspectiva de un sola disciplina o factor, pues tomar la salud como solo el bienestar físico o como un hecho social material, es insuficiente, ya que en el ser humano existen aspectos de índole inmaterial, “normas y valores culturales que no necesariamente se exteriorizan y materializan”.¹⁰²

Así, tomando en consideración las implicaciones que tienen los antecedentes históricos en materia de salud y como se han plasmado dichas circunstancias en sistemas jurídicos concretos, como consecuencia de circunstancias fácticas muy puntuales, abordaremos en el siguiente capítulo, los

¹⁰¹ El sesgo histórico influye en la aceptación de las normas, tal como se advierte desde el panorama del aspecto interno de las normas, a través del enfoque hermenéutico de Hart, véase en Brian Bix, *Filosofía del derecho...*, pp. 48-52.

¹⁰² George Ritzer, *Teoría sociológica clásica*, 5ª. Ed., Madrid, McGraw Hill, 1997, p. 208.

antecedentes históricos que en materia de salud consideramos de mayor relevancia para determinar lo que hasta ahora se ha inscrito en el sistema jurídico mexicano.

CAPÍTULO II. Antecedentes del constitucionalismo, del derecho fundamental a la salud y del derecho a la protección de la salud

No es tarea fácil identificar el momento exacto en el que tuvo origen el derecho fundamental a la salud, sin embargo, sus antecedentes deben ser analizados mediante un extenso panorama multidimensional,¹⁰³ y comprendido a través de las instituciones que han guiado la conducta humana a través de la historia, como los son: la moral y el derecho.

En relación al derecho, entendiéndolo como aquel “sistema normativo que presenta rasgos fácticos distintivos, sin tomar en cuenta propiedades de índole valorativa”,¹⁰⁴ y dado que los sistemas normativos usualmente presentan rasgos comunes de índole fáctica, e incluso, dichos rasgos superan los sesgos temporales, y por tanto administrativos, ya que para guiar la conducta del ser humano mediante un sistema normativo “no hace falta ni siquiera una parte mínima del actual aparato administrativo”,¹⁰⁵ no nos entretendremos en realizar un estudio abstracto del derecho como el conjunto de sistemas normativos generales, dado que para efectos de nuestra investigación, es necesario centrarnos exclusivamente en el derecho constitucional, ya que los derechos fundamentales, derivan de éste y nuestro estudio está enfocado en el derecho fundamental a la salud.

Por otra parte, reducir la aparición de los derechos fundamentales al instante fáctico de positivización de un derecho subjetivo en una ley fundamental o sólo narrar un conjunto de acontecimientos históricos, limitaría nuestro estudio a una visión historicista, cuando lo que se pretende en este capítulo es indagar de

¹⁰³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 44.

¹⁰⁴ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, S. A., 2003, p. 43. Para efectos de la presente investigación y sin pretender generar controversias, me parece apropiado tomar un significado del derecho desde la concepción convencionalista, no en relación a como se usa efectivamente dicha expresión en el lenguaje ordinario, sino a través de su significado como expresión lingüística.

¹⁰⁵ Friedrich Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, México, Giforen, 2008, p.123.

forma multidisciplinaria y analítica los factores que dieron origen a los derechos fundamentales, la posterior adopción de los llamados derechos sociales en las normas marco, la forma en la que evolucionó el derecho fundamental a la salud y aquellos elementos que facilitaron e influyeron su transformación al actual derecho fundamental mexicano de protección a la salud.

Como ya lo indicamos en el capítulo anterior, los elementos principales que conforman a los derechos fundamentales, son los derechos subjetivos y la norma positiva de una ley fundamental, por lo que, atendiendo al proceso paulatino y a los factores históricos que dieron origen al constitucionalismo, a los derechos subjetivos, y derivado de ellos, a los derechos fundamentales (en particular al derecho fundamental a la salud), entenderemos de forma clara su conformación, su naturaleza y características.

2.1. Antecedentes del constitucionalismo y los derechos fundamentales

Los cimientos del constitucionalismo pueden encontrarse principalmente en el mundo griego y en la antigua Roma.¹⁰⁶ La aparición del Estado como presupuesto obligado del derecho constitucional,¹⁰⁷ se remonta a la Grecia antigua del 600 antes de nuestra era, que a diferencia de otras tribus confederadas que se encontraban en el estadio superior de la barbarie, los griegos lograron destruir “los lazos gentilicios, dividiendo los miembros de cada gens en privilegiados y no privilegiados”;¹⁰⁸ asimismo, se dio origen a las instituciones administrativas y se centralizaron en un solo lugar, lo que presupuso transferir los problemas de las tribus, al consejo general residente en Atenas.

Por su parte, uno de los antecedentes de los derechos fundamentales más importante de la antigüedad, lo podemos encontrar en la antigua Roma (siglos VIII

¹⁰⁶ Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo, proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2003, p. 19.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 20.

¹⁰⁸ Friedrich Engels, *El origen de la familia...*, p.146.

antes de nuestra era al VI después de Cristo) con la noción de *ius*¹⁰⁹ que fue utilizada para otorgar al ciudadano una prerrogativa jurídica como titular de servidumbres prediales originadas por acuerdos entre ciudadanos, identificando distinciones entre las acciones *in rem*¹¹⁰ e *in personam*¹¹¹ que, aun tratándose de materia procesal, se deben relacionar con una posición jurídica sustantiva del titular de la acción.¹¹²

Es importante destacar que la noción de *ius*, fue considerada a partir de derechos pasivos o pretensiones, y no fue sino hasta el renacimiento jurídico medieval derivado del descubrimiento de sistema jurídico contenido en el Digesto¹¹³ y a la apertura de la escuela de Bolonia, entre la segunda y tercer décadas del siglo XIII, época en la que Accursio realizó la distinción entre *dominium utile* (quien posee el usufructo) y *dominium directum* (quien tiene el dominio completo), y con ello, extendió la noción de dominio e inició el proceso para redefinir los derechos desde un aspecto activo.¹¹⁴

En la Baja Edad Media ya se hacían análisis en relación a los derechos naturales, tal es el caso de Santo Tomás de Aquino y sus tratados sobre la ley natural y los derechos naturales, sin embargo, podríamos decir que el primer análisis en torno a los derechos subjetivos, se encuentra en la crítica que Ockham hace en su *compendium errorum papae*, respecto a la postura que en 1329, Juan XXII, dirige por medio de la bula *Quia vir reprobus*, en la que señaló que “el derecho de propiedad se funda en la propia naturaleza humana, es de orden

¹⁰⁹ Palabra en latín que hace referencia al derecho, sin embargo, dicha definición no debe tomarse a la ligera por los sesgos temporales y doctrinales del concepto de derecho, sin embargo, para el presente capítulo lo contemplaremos como conjunto de normas desde el aspecto objetivo y como el conjunto de facultades desde un ámbito subjetivo.

¹¹⁰ Palabra en latín que servía para identificar una acción legal contra un artículo de propiedad y no contra una persona. *In rem* significa de la cosa en sí, y es derivado de la palabra “res”, que significa “la cosa”.

¹¹¹ Palabra en latín que se traduce como acción personal y se presenta cuando hacemos un reclamo frente a quién está obligado con nosotros.

¹¹² Horacio Spector, “La filosofía de los derechos...”, p.9.

¹¹³ Término jurídico, derivado de su etimología latina *digestus*. Dicho vocablo latino, está integrado por el prefijo *di* que indica divergencia, y *gestus* que implica una acción, en este caso, ordenar las normas jurídicas contradictorias o dispersas, para otorgarles una sistematización.

¹¹⁴ Horacio Spector, “La filosofía de los derechos...”, p.9.

natural, y se extiende hasta donde lo hagan las acciones del hombre en el mundo material”,¹¹⁵ ello derivado de la discusión que franciscanos y dominicanos tuvieron en torno a la cuestión de si el hombre tiene un dominio natural sobre sus posesiones. Para Ockham puede existir un dominio natural, desligado del funcionamiento de las instituciones judiciales.

Podríamos profundizar en todos aquellos antecedentes del mundo antiguo que contribuyeron, ya sea de forma directa o indirecta con la formación del derecho constitucional y de los derechos fundamentales, sin embargo, los antecedentes más relevantes y con mayor identificación en la actualidad en relación al derecho constitucional, se alcanzaron tras el desarrollo óptimo y las condiciones necesarias para fraguar la aparición del Estado moderno, por lo tanto, tendremos que referirnos al concepto que tenemos hoy en día de constitución, formado en el periodo comprendido entre los siglos XVI, XVII y XVIII.

Algunas de las condiciones que dieron lugar a la aparición del Estado moderno occidental fueron: la excedida dispersión del poder político del Estado medieval, concentrado principalmente entre la iglesia y el imperio “no había una autoridad única, sino una pluralidad de autoridades solapadas entre sí”;¹¹⁶ la crisis del sistema feudal; la crisis del cristianismo agudizado con la Reforma protestante y el proceso de secularización del poder político debido al Renacimiento, entre otros.¹¹⁷

Max Weber vinculó teóricamente el nacimiento del Estado moderno al capitalismo, régimen sostenido en un orden impulsado por un sistema normativo legal, que permite que los fines del Estado queden garantizados, pues, a diferencia del Medievo, los dominados no obedecen a individuos específicos, sino

¹¹⁵ Alejandro A. Tagliavini, *El futuro de la esperanza*, 3ª. ed., Buenos Aires, Eumed.net, 2014, p. 75.

¹¹⁶ Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo, proceso de formación...*, p. 22.

¹¹⁷ *Idem*.

al orden impersonal conformado por el derecho, podríamos decir por tanto que de esta forma surge una norma marco.¹¹⁸

El moderno capitalismo, específicamente occidental, fue preparado en las asociaciones *urbanas*, específicamente occidentales, administradas de un modo (relativamente) racional, y de cuya peculiaridad se tratará luego; se desarrolló de los siglos XVI al XVIII dentro de las asociaciones políticas *estamentales* holandesas e inglesas caracterizadas por el predominio del poder y los intereses lucrativos burgueses...¹¹⁹

La relación entre el Estado moderno y los individuos, a través del tiempo, no siempre ha sido retributiva, previo al surgimiento del constitucionalismo el poder que poseía el Estado no tenía contrapesos, lo que vulneraba de forma reiterada las libertades y derechos de los individuos, originando la necesidad de formar equilibrios entre el poder del Estado, las libertades individuales y las retribuciones en el aspecto funcional por parte del Estado de regular las relaciones sociales.

De ahí que, el poder del Estado, con el paso del tiempo fue adquiriendo contrapesos y equilibrio, en primer lugar, por la creación de la ley fundamental,¹²⁰ misma que sirvió de candado para el poder estatal que debía estar legitimado mediante un sistema jurídico a través de dicha norma marco, y en segundo lugar con la separación del poder, la cual se determina como supuesto jurídico básico en que se fundamenta el modelo de estructura constitucional orgánica del Estado occidental.

Es aquí donde convergen los factores que debemos considerar, pues a través de la conciencia histórica de la constitución y aquella realidad social que ha

¹¹⁸ Max Weber, *Economía y sociedad*, trad. José Medina Echavarría, México, Fondo de Cultura Económico, 2014, Capítulo III.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 268.

¹²⁰ El constitucionalismo no es un fenómeno idéntico en todos los países, de igual forma los resultados y las formas de gobierno de cada Estado son muy diferentes, sin embargo el factor común que comparten las naciones con una Constitución, es la necesidad de generar equilibrios y contrapesos entre el poder público y las libertades individuales, así como la necesidad de mejorar el funcionamiento del Estado.

asimilado la norma como el ser del derecho, en conjunción con la teoría del ordenamiento que se presenta como el deber ser, hacen posible la comprensión total y el enjuiciamiento acertado de la norma marco y de los derechos fundamentales, pues todo Estado que pretende perdurar necesita de una constitución, que contenga normas jurídicas que definan los órganos supremos que debe tener, establecer cómo deben ser creados, cuáles son sus relaciones recíprocas y sus áreas de influencia, así como la posición que tiene el individuo frente al poder estatal.

Para lograr la organización del Estado, de sus órganos, competencias y límites de actuación, es necesario atender la realidad vital de una comunidad política, en referencia a los fenómenos de la vida social humana, determinados por una voluntad directriz y los que pueden existir sin una organización debida a actos de voluntad, como el lenguaje y costumbres. De ahí la necesidad de la existencia de dos condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico (en este caso una norma marco): las normas del sistema que tienen que ser generalmente obedecidas, y que aquellos criterios fijados por la regla de reconocimiento del sistema tienen que ser eficazmente aceptados por sus oficiales como estándares públicos compartidos para su comportamiento.¹²¹

Entender la aparición del constitucionalismo como aquel fenómeno que pretendía limitar el poder de uno sólo y que buscaba conquistar la libertad y los derechos que en aquellos tiempos eran considerados como naturales como la igualdad y la democracia, frente a la arbitrariedad y el despotismo,¹²² nos permite identificar como se fraguaban los derechos fundamentales en la aceptación social de nuevas ideologías y cambios culturales profundos.

¹²¹ Este elemento me parece muy destacable y será un estándar que utilizaremos en los apartados subsecuentes, para comparar si la división de poderes en México, ha sido aceptada como un aspecto natural normativo por los participantes de nuestro sistema jurídico o no. H. L. A. Hart, *El concepto...*, p. 64-76.

¹²² Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo, proceso de formación...*, p. 24.

Debemos decir que el origen del constitucionalismo se dio en Inglaterra, aun cuando su Constitución se trata de una ley fundamental atípica, por no encontrarse de forma escrita, y más bien ser acumulativa de la suma de documentos aprobados en sede parlamentaria, o la tradición del *common law*;¹²³ asimismo, por ser flexible al ser susceptible de modificaciones mediante una decisión legislativa del parlamento británico sin la necesidad de una mayoría, sin embargo y no obstante sus condiciones características, tuvo la oportunidad de reunir con mucho éxito la voluntad popular.

En el siglo XII, en Inglaterra, bajo el reinado de Enrique III (quien aún no cumplía la mayoría de edad), el poder factico fue ostentado por un Consejo de Regencia impuesto por el padre del rey, a fin de enfrentar dos claros propósitos: echar del territorio inglés a las tropas francesas que habían ocupado el reino y posteriormente llevar a cabo la reconstrucción económica y política de Inglaterra, lo que se logró con éxito.

Al cumplir la mayoría de edad Enrique III, enfrentó una serie de problemas que mermaron su poder e hicieron perder un gran número de apoyos al reino, pues tras su fracaso en la intervención militar en Gales, las disputas con el papado, y circunstancias desfavorables como la sublevación gascona, las disputas cortesanas y los problemas condes, el Parlamento logró limitar las prerrogativas del Rey, incluso posteriormente determinando que el monarca quedaría bajo su subordinación.

Quizás el antecedente con mayor importancia en relación a los derechos fundamentales en esa época, fue la Carta Magna de 1215, que reconocía algunas prerrogativas para un pequeño grupo de ciudadanos.¹²⁴

¹²³ Sistema jurídico inglés basado en costumbres y precedentes judiciales, así como convenciones constitucionales.

¹²⁴ Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo, proceso de formación...*, p. 29.

...hemos concedido también a todos los hombres libres de nuestro reino, por Nos y nuestros herederos, para siempre todas las infrascriptas libertades para que las tengan y posean, ellos y sus herederos de Nos y nuestros herederos para siempre.¹²⁵

Como es de suponerse las acciones tomadas por parte del Parlamento Inglés, dieron lugar a grandes transformaciones sociales, las cuales no frenaron los enfrentamientos entre el rey y el Parlamento, sin embargo, éste último contaba cada vez más con el apoyo de la nación.¹²⁶

En el siglo XVI, aun no se consideraban la existencia de una norma marco como tal, y mucho menos de los derechos fundamentales, los que se definían como derechos naturales. Jean Gerson, distinguió entre *ius* y *lex*, relacionando los derechos del hombre, con facultades, sin embargo, consideraba que dichos derechos derivaban de la anuencia de Dios, es decir, el pensamiento de la época aún influido por la escolástica, seguía inmerso en la filosofía teológica.

Fueron bastas las aportación doctrinales que tuvieron lugar en el siglo XVII, desde Thomas Hobbes y su obra el leviatán, que reveló una teoría contractualista por parte del Estado, influyendo en la aparición del absolutismo por su concepción de la soberanía; asimismo, la teoría de autores como Sidney y John Locke respecto a la división de las funciones del poder legislativo y poder ejecutivo, determinado los peligros que corren tanto la libertad, como la propiedad de los ciudadanos de estar depositados en una sola persona. Dicha teoría tuvo su desarrollo más importante ya en 1748, en las ideas de Montesquieu, determinando la importancia de equilibrios institucionales pues sin contrapesos frente al poder estatal se ponen en riesgo las libertades individuales “Todo estaría perdido si el mismo hombre, ó el mismo cuerpo de los próceres ó de los nobles ó del pueblo,

¹²⁵ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf>, consultado el 9 nueve de abril de 2020 dos mil veinte.

¹²⁶ En aquel periodo de conflicto entre el Parlamento y el rey, no siempre fue vencedor el Parlamento, entre los años 1640-1680, Carlos I, con sus once años tiránicos impuso un verdadero absolutismo.

ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos ó las diferencias de los particulares”.¹²⁷

Sin duda uno de los precedentes con mayor relevancia para los derechos fundamentales, tuvo lugar en 1679, año en que se aprobó en Inglaterra el *Habeas Corpus*, como una garantía de los derechos de los individuos, dicho modelo tradicional inglés ha tenido una gran influencia, no sólo en Europa y Estados Unidos, sino en latinoamericana, tratado como un instrumento procesal constitucional y haciéndola encajar dentro de la tradición romanista.¹²⁸

En 1688, tuvo lugar una templada revolución inglesa que derrocó a Jacobo II, sin embargo, no fue sino hasta el 13 de febrero de 1689, que se impuso el *Bill of Righth*, documento que confirmó la preeminencia del parlamento, mediante fortalecimiento de las facultades parlamentarias, determinando el camino que se concretó tiempo más tarde en a una monarquía parlamentaria y sirviendo como uno de los precedentes de la Declaración de los Derechos de Virginia.

En la evolución del sistema constitucional británico, no podemos pasar por alto las reformas de 1832, 1884 y 1885, en materia de democracia, además la revolución industrial que dio mayores prerrogativas a los obreros, sin embargo, no fue sino hasta 1998, por influencia de la Convención Europea de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, que se aprobó la actual declaración de derechos formalizada a través de una ley.¹²⁹

Por otro lado, hablar de derecho constitucional, inequívocamente nos remonta a las trece colonias inglesas americanas y a su posterior unión e independencia de Inglaterra, cuya prosperidad definitivamente se debió a que gozaron de “libertad interior y de más independencia política que las colonias de

¹²⁷ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. de Siro García de Mazo, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906, p. 228.

¹²⁸ Domingo García Belaunde, “El *Habeas Corpus* latinoamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXV, núm. 104, mayo-agosto de 2002, pp. 375-407.

¹²⁹ Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo, proceso de formación...*, p. 44.

los demás pueblos”,¹³⁰ incluso, las colonias, previo a su unión ya disponían de textos que determinaban su forma de gobierno, lo que influyó notablemente para determinarse posteriormente como “entidades políticas autónomas”.¹³¹

Han sido muchas las aportaciones al constitucionalismo moderno, derivadas de la independencia de Estados Unidos de América de 1776, frente a Inglaterra y la posterior promulgación de la Constitución de Estados Unidos de 1787, desde:

...la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos; la supremacía formal de Constitución a través de las cláusulas de reforma; se hace efectiva la idea de equilibrio en el seno de un esquema de separación de poderes (“checks and balances”); se alumbró el presidencialismo como forma de gobierno; se crea el sistema federal (auténtica revolución americana frente a la noción de soberanía); se apuesta por un modelo de base democrática; se crean las bases del fortalecimiento del Poder Judicial; se da luz a las primeras declaraciones de derechos; y, en fin, se elaboran los mimbres sobre los que se construirá en breve plazo la noción de supremacía material de la Constitución, o si se prefiere la supremacía de la Constitución sobre las leyes, de donde derivará con facilidad el control de constitucionalidad de éstas...¹³²

Si bien, todos los elementos anteriormente señalados constituyen las bases del constitucionalismo moderno, para fines de nuestro estudio, debemos centrarnos en la Declaración de Virginia del 12 de junio de 1776, que, aunque fue expedida previo a la declaración de independencia de Norteamérica, sentó las bases positivizadas de los derechos del hombre, e introduce en su primer artículo la esencia de los ideales de la Ilustración:¹³³

...I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber:

¹³⁰ Alexis de Toqueville, *Un perfil de Norteamérica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p.36.

¹³¹ Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo, proceso de formación...*, p. 50.

¹³² *Ibidem*, p.48.

¹³³ Por Ilustración entendemos al movimiento social, político y cultural que se dio en el siglo XVIII, también conocido como el siglo de las luces, el cual es el tiempo de los derechos, el momento de la maduración del concepto de derechos humanos, aunque todavía no se presentará en toda su complejidad, en la plenitud de todos sus perfiles, etapa en la que el autoritarismo de la Edad Media, establecido sobre la salvación, se contraponen la soberanía de la razón, abandonada a su propio juicio.

el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad. ¹³⁴

La trascendencia de dicha declaración y de esos rasgos de constitucionalismo, no sólo moderno sino dirigido a desplazar la concepción del derecho natural por los derechos del hombre, dieron lugar al progreso en materias política, social y jurídica.

Por otra parte, los estadounidenses, influidos notablemente por la tradición inglesa se negaron al Estado Absoluto y a la imposición de impuestos sin su consentimiento, dando lugar a la declaración de la imposición de tales tributos como inconstitucional, generando, así, el primer antecedente control constitucional.

Todas estas circunstancias, temporalmente ubicadas en el siglo XVIII, son el vivo reflejo de la Ilustración, del tiempo de la reflexión racionalizada, de los derechos (aun en su estado de naturalidad), el momento que perfila las condiciones para pasar del Estado absoluto al Estado de derecho, en donde “el autoritarismo de la Edad Media, establecido sobre la salvación, se contrapone la soberanía de la Razón, abandonada a su propio juicio”. ¹³⁵

Así pues, la Declaración de Independencia norteamericana, no fue sino el vivo reflejo filosófico, político y jurídico, que, cimentado en un giro doctrinal, que evolucionó desde el Estado Absoluto, las nociones individualistas de los siglos XVI y XVII, hasta el momento concreto determinado en el documento que encierra no sólo la independencia de una nación, sino la materialización de los ideales del siglo XVIII, entre el derecho subjetivo y la autonomía de la voluntad.

¹³⁴ Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>, consultada el 12 doce de mayo de 2020 dos mil veinte.

¹³⁵ Gregorio Peces-Barba y Javier Dorado, “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en Francisco Javier Ansuátegui y José Manuel Rodríguez (coords.), *Historia de los derechos fundamentales*, t. II: Siglo XVIII, vol. I, Madrid, Dykinson, 2001, p. 7.

Sin embargo, la inexperiencia y el déficit del sistema confederal norteamericano, dio lugar a la Convención de Filadelfia y al texto de la Constitución de 1787,¹³⁶ afinando el modelo del Estado federal, afianzando la supremacía constitucional y la instauración del control de constitucionalidad de las leyes,¹³⁷ lo que representó la asimilación norteamericana del *checks and balances* británico.

El principio de separación de poderes, perfeccionado por los norteamericanos, no sólo está dirigido a determinar las tareas básicas que el Estado debe realizar para lograr su conservación desde su ámbito externo e interno, entre ellas la fuerza militar y el monopolio de la fuerza física legítima, la recaudación y administración económica, sino la regulación de los derechos de los ciudadanos y la impartición de justicia.

La limitación del poder público al estar dividido en tres, logra contrapesos y equilibrio entre cada poder. Para Montesquieu, la motivación para efectuar la división de poderes es la libertad política de los ciudadanos, considerando el equilibrio entre poderes como la alternativa suficiente para limitar el poder absoluto:

Cuando el poder legislativo y el Ejecutivo se reúnen en la misma persona ó el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca ó el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el Ejecutivo.¹³⁸

La asimilación norteamericana de dicha noción otorga mayores facultades al poder judicial, dando lugar posteriormente a controles constitucionales derivados del escepticismo jurídico tan importantes como el generado tras el caso *Marbury vs Mádison* en 1803.

¹³⁶ Debemos señalar que, en la Constitución de 1787, no fue integrada una declaración de los derechos, lo que irónicamente si contenía era la protección a la esclavitud, la cual se abolió hasta 1991. Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo, proceso de formación...*, p 62.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 57.

¹³⁸ Montesquieu, *El espíritu de las leyes...*, p. 227.

Por otra parte, hablar del Constitucionalismo inevitablemente nos conduce a Francia y al siglo de las luces, el periodo que impulsó la maduración de los derechos humanos, aunque aun no en toda su complejidad, pero si en esa metamorfosis de identidad “el autoritarismo de la Edad Media, establecido sobre la salvación, se contrapone la soberanía de la Razón, abandonada a su propio juicio”.¹³⁹

Sin lugar a duda un factor indispensable para la configuración del constitucionalismo y por ende la de los derechos fundamentales, fue el proceso de distinción entre “ética pública y ética privada”,¹⁴⁰ la secularización y el antropocentrismo desde una perspectiva racional en el derecho, darán los primeros bocetos de las nociones de los derechos del hombre, basados en los derechos naturales del ser humano de libertad, igualdad y fraternidad.

El siglo XVIII comenzó con el Estado Absoluto consolidado en Europa, y únicamente Inglaterra y algunas otras repúblicas aristócratas comenzaron a dirigirse al Estado liberal, sobre todo por la influencia de nociones teóricas de soberanía impulsadas por Bodino y Hobbes, sin embargo el absolutismo estatal en el resto de la Europa occidental, fue presupuesto indispensable para el comienzo de la defensa del gobierno de las leyes, la separación de poderes¹⁴¹ y los derechos naturales de propiedad e igualdad, así como las libertades de comercio y de industria.

Por otra parte, el contractualismo como ideología dominante, a raíz de la noción del pacto social, impulsarán el surgimiento de los derechos fundamentales, de la democracia y el estado de derecho, Rousseau, impulsará la soberanía

¹³⁹ Gregorio Peces-Barba y Javier Dorado, “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en Fancisco Javier Ansuátegui y José Manuel Rodríguez (coords.), *Historia de los derechos...*, p. 7.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 8.

¹⁴¹ Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, mostró sus recelos ante el poder legislativo, de ahí la configuración bicameral de la Asamblea y toda la construcción del sistema de equilibrios. Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo, proceso de formación...*, p 68.

popular como expresión del contrato, representado a través de un hombre o de una asamblea, tal como inicialmente señalaba Hobbes.¹⁴²

En Francia bajo el reinado de Luis XVI, tras una fuerte crisis económica se convocaron a los Estados Generales en 1789,¹⁴³ a fin de imponer nuevas cargas tributarias a los súbditos, lo cual desató la inconformidad social y dio lugar a una nueva directriz política.

La dirección social natural dirigida al Estado liberal, el poder personal y la ideología ilustrada, propició la emancipación de la nación francesa, considerando a la ley “como expresión de la razón, como forma de eliminar la arbitrariedad y los privilegios y como expresión de la igualdad cívica”.¹⁴⁴

El tercer estado configurado como Asamblea Nacional y analizado por Sieyés, demuestra la poca utilidad social de la nobleza y la monarquía. La clase burguesa, bien establecida, enriquecida por una vasta estructura doctrinal y filosófica, impulsó una “cultura jurídica secularizada individualista, unificada y positivizada, basada en la ley como norma general y abstracta, en un proceso de racionalización y humanización, no compatible con un voluntarismo”.¹⁴⁵

Durante el siglo XVIII, en Francia, se propició la unión de los individuos pertenecientes a la clase burguesa, y dadas las condiciones unificadoras de dicha clase, como lo son el comercio y la industria principalmente, así como la avanzada secularización ideológica y doctrina, se fueron fomentando la tolerancia religiosa, la libertad de prensa y el gobierno equilibrado, lo que generará las bases de los derechos subjetivos, las inmunidades, las potestades y las libertades.

¹⁴² Gregorio Peces-Barba y Javier Dorado, “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en Francisco Javier Ansuátegui y José Manuel Rodríguez (coords.), *Historia de los derechos...*, p. 84.

¹⁴³ Los Estado Generales, se constituían como un parlamento, integrados por la nobleza, el clero y el tercer estado, constituido por burgueses, profesionales liberales, artesanos y comerciantes. Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo, proceso de formación...*, p 73.

¹⁴⁴ Gregorio Peces-Barba y Javier Dorado, “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en Francisco Javier Ansuátegui y José Manuel Rodríguez (coords.), *Historia de los derechos...*, p. 88.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 117.

No obstante, toda la evolución ideológica y social de la Ilustración, dichas ideas requerían fuerza obligatoria, pues hasta esos momentos los derechos naturales carecían de obligatoriedad. El iusnaturalismo racionalista justificará, no sólo en Francia, sino en todo el occidente la positivización de los derechos naturales, lo que acelerará el proceso para el triunfo de la Revolución Francesa y la emisión de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789,¹⁴⁶ en donde los derechos humanos se situarán fundamentalmente en el primer bloque.

La característica de la universalidad de los derechos de libertad y de igualdad, de una ley igual para todos,¹⁴⁷ en torno a las tendencias de la tolerancia religiosa, el individualismo y el liberalismo, derivan del ciudadano burgués de mentalidad vivaz y moderna, quién en un inicio surgió del burgo, desde sus actividades de “mercader, de artesano, de abogado, de funcionario, de hombre de letras, de médico, con derechos reconocidos en la carta jurídica de su municipio, pasaron a ser una clase con derecho políticos”.¹⁴⁸

En 1791, se dieron dos grandes aportaciones para el constitucionalismo moderno: se promulgó la Constitución francesa, mientras que en los Estados Unidos se expidió el *Bill of Rights*, en dichos sucesos se plasma el pensamiento político del siglo XVIII, formando una nueva estructura política que privilegiaba el gobierno de las leyes y reconociendo los derechos del hombre y del ciudadano.

¹⁴⁶ Jellinek defendió la postura de que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, no encontraba su fundamento en Rousseau, ni en los pensadores de la ilustración sino en las declaraciones de las Constituciones norteamericanas y en la declaración de los derechos de Virginia. Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo, proceso de formación...*, p 76.

¹⁴⁷ Cuando en 1789, se sostiene que todos los hombres nacen y permanecen iguales en derecho y libres (es decir que dichos derechos son universales), se está pensando solo en varones blancos y europeos, lo que implica la hegemonía masculina con medios de producción y la marginación de las clases populares. Gregorio Peces-Barba y Javier Dorado, “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en Francisco Javier Ansuátegui y José Manuel Rodríguez (coords.), *Historia de los derechos...*, p. 51.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 52.

La Constitución francesa fue el reflejo de la emergencia de la burguesía como clase ascendente, lo que implicó un cambio de régimen social, sin embargo el cambio de sistemas políticos fue mucho más mesurado, derivado de la desconfianza que se advertía en la praxis relacionada con la separación de poderes. En 1793, en el texto constitucional francés, se expresaría que la Constitución consagra la soberanía del pueblo, lo que evidencia la desconfianza hacia los poderes constituidos en especial al poder judicial, estructurándolo inicialmente como una rama específica de la Administración Pública, dependiente del Gobierno.¹⁴⁹

Toda la riqueza analítica y conceptual derivada de las revoluciones liberales que tuvieron lugar a finales de la Ilustración, en especial lo relacionado con los derechos naturales y posteriormente denominados como derechos del hombre, no solo estuvieron enfocados en su validación, Burke, por ejemplo, rechazaba la idea metafísica de los derechos naturales, considerando que los derechos en su verdadera acepción, consisten en “beneficios prácticos de una sociedad ordenada, como el derecho a la justicia y la seguridad en la propiedad”.¹⁵⁰

Derivado de la autonomía de la voluntad, se comenzó con un proceso paulatino de positivización de las pretensiones o derechos subjetivos, dando paso a la proyección legal de los llamados derechos naturales, proceso en el que la coacción ocupó un lugar predominante para su establecimiento, circunstancia que acentuó la controversia doctrinal de la distinción entre derecho y moral.

Al respecto de la controversia suscitada entre quienes aceptaban las cuestiones axiológicas y religiosas en el derecho y quienes no, Rousseau hizo una distinción entre la ética pública como un concepto de religión civil y la ética privada, como aquellas creencias personales y su intervención con la Iglesia, lo que comenzó un proceso de separación jurídica entre Iglesia y Estado.

¹⁴⁹ Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo, proceso de formación...*, p 84.

¹⁵⁰ Horacio Spector, “La filosofía de los derechos...”, p.11.

Por su parte Locke, en la Enciclopedia señalará que no corresponde a los poderes públicos la salud de las almas ni es objetivo de las sociedades civiles; a su vez para Thomas Jefferson, no sólo debía reconocerse el libre ejercicio de la religión, sino que debía hacerse un muro de separación entre la Iglesia y el Estado.¹⁵¹

El siglo XIX, es la época de la industrialización y los nacionalismos, un periodo marcado por las divergencias entre las experiencias constitucionales preestablecidas y los nuevos parámetros sociales y políticos. Con la burguesía en el poder se dio un proceso de asentamiento y asimilación de las doctrinas y nociones derivadas de las revoluciones liberales, desde la perspectiva de cada nación.

En relación con los derechos fundamentales, el siglo XIX, se promovió la madurez y desarrollo a los derechos formulados en la Ilustración, materializando los ideales aun de forma primitiva, instaurados con las revoluciones liberales:

Hijos del siglo de las luces serán la idea de civilización, la crítica social, la relación de la libertad con la ley, el cosmopolitismo, la separación de poderes, el gobierno de las leyes, la idea de constitución, el inicio de la codificación, la generalización de la idea de los derechos naturales, las ideas de sistema y de jerarquía normativa y los valores del liberalismo y de la democracia, la libertad, la igualdad y la fraternidad o solidaridad, que dan un nuevo sentido al valor seguridad que nacen del Estado Moderno.¹⁵²

Sin duda la idea de dignidad humana, surgida desde Kant en el siglo XVIII, será la base de los derechos individuales, sin embargo, movimientos como la laicidad, la consolidación del liberalismo, el republicanism, el anarquismo, el socialismo y el feminismo, abrirán la puerta a la evolución y consolidación de

¹⁵¹ Gregorio Peces-Barba y Javier Dorado, "Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII", en Fancisco Javier Ansuátegui y José Manuel Rodríguez (coords.), *Historia de los derechos...*, p.146.

¹⁵² Gregorio Peces-Barba y Javier Dorado, "Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX", en Javier Dorado (coord.), *Historia de los derechos fundamentales*, t III: Siglo XIX, vol. I, Madrid, Dykinson, 2007, p. 5.

nuevos derechos fundamentales, a través de la positivación, generalización, internacionalización y especificación.

Otro aspecto de vital importancia para el desarrollo del constitucionalismo en el siglo XIX, será el fortalecimiento del poder judicial como poder gubernamental autónomo en Estados Unidos, en 1803, el caso *Marbury vs. Mádison*, reforzó “la idea de la supremacía judicial”,¹⁵³ ideal que se verá ya plenamente concretado hasta el siglo XX, con Kelsen.

De igual forma, la influencia de corrientes del pensamiento como el romanticismo social, sobre todo en Alemania y el socialismo impulsado por Marx y Engels, tendrán influencia sobre el desarrollo y aceptación de los derechos sociales, desde el reconocimiento de la personalidad de la clase trabajadora, hasta el posicionamiento del movimiento obrero y su presencia en el parlamento.

No debemos olvidar que si bien, el siglo XIX fue testigo del estallido de la independencia de múltiples naciones en los continentes americano y asiático, también fue una época en que se acentuó el imperialismo británico, francés y alemán por todo el planeta.

En cuanto a los derechos fundamentales relacionados con la igualdad, en el siglo XIX se propiciarán prerrogativas como la libertad de expresión, de jurisdicción, asociación, derechos de los niños, ancianos y discapacitados. Por su parte, a fin de erradicar la discriminación se reconoce la libertad de conciencia, aunque es claro que, de forma muy primitiva,¹⁵⁴ pues países, sobre todo con tradiciones católicas, continúan imponiendo dicha religión de forma obligatoria, incluso mediante normas jurídicas fundamentales.

¹⁵³ Alberto f. Garay, “La enseñanza del caso Marbury vs. Mádison”, *Revista sobre enseñanza del derecho*, Buenos Aires, año VII, núm. 13, pp. 121-136.

¹⁵⁴ Es necesario establecer la distinción entre desigualdad, diferencia y discriminación, para la aclaración de conceptos y justificaciones de los derechos. Gregorio Peces-Barba y Javier Dorado, “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX”, en Javier Dorado (coord.), *Historia de los derechos...*, p. 8,

La educación se vuelve una prioridad del Estado, “Conceptos como los de la educación nacional o de educación obligatoria surgen en el siglo XIX, así como el de una educación laica separada de la religión, especialmente en Francia e Italia”.¹⁵⁵

El siglo XX, fue una época marcada por los adelantos tecnológicos y los conflictos mundiales, el desarrollo progresivo y avasallante del positivismo, condujo a la decadencia de los derechos naturales, “para la Primera Guerra Mundial difícilmente había teóricos que defendiesen los derechos del hombre sobre la base de la ley natural”,¹⁵⁶ sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial, los derechos naturales, ahora identificados como derechos humanos, fueron el instrumento teórico jurídico y político internacional, que permitió hacer frente a los sistemas jurídicos y normativos inmorales, impuestos a través de justificaciones positivistas.

La inserción del principio *nullum crimen sine lege*,¹⁵⁷ como instrumento de defensa, perdió peso frente a los derechos humanos, pues a quienes bajo el argumento de actuar apegados a una legalidad groseramente inmoral y con efectos devastadores en la Segunda Guerra Mundial, se les juzgó con apego a argumentos iusnaturalistas, dando lugar a una nueva época jurídica.

De igual forma, la aprobación del delito de genocidio, a través de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, por parte de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948, representó la positivación jurídica internacional, que influenciaría las normas marco de los estados participantes en las Naciones Unidas, sin embargo se exceptuó en la definición de genocidio a “grupos políticos, de género, de identidad sexual pero, muy en especial, aquellos

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 10.

¹⁵⁶ Horacio Spector, “La filosofía de los derechos...”, p.11.

¹⁵⁷ Locución latina utilizada para señalar que no hay crimen sin una definición contenida en una ley previa.

surgidos a partir de una motivación política”,¹⁵⁸ lo que restó aplicabilidad en casos posteriores no derivados de conflictos bélicos.

En el siglo XX, maduraron las nociones de la inalienabilidad, inderogabilidad e imprescriptibilidad de los derechos humanos, identificándolos desde la realidad vital de una comunidad y dirigidos a la individualidad, en la que los derechos naturales para todos los seres humanos se vuelve una prioridad, consideración que va muy de la mano con el concepto de universalidad, “ya que en lugar de actuar como principio de legitimidad de un Estado nacional particular, los derechos humanos constituyen un esfuerzo por alcanzar estándares compartidos en una comunidad internacional”.¹⁵⁹

Así surge ese reflejo de la transformación conceptual de los derechos naturales integrados en la edad media, pasando por los derechos del hombre en la Ilustración y su identificación finalmente como derechos humanos, lo que implica claramente el distanciamiento de lo meta ético y ontológico, que ya se estaba acentuando desde la Ilustración con el proceso de secularización.

La implicación de que los derechos humanos son violados exclusivamente al gobierno, por un movimiento guerrillero o por una gran empresa, pero no por otra persona en su relación de coordinación con otro individuo, es presentada como una síntesis en el siglo XX, mediante un lenguaje filosófico y político en cinco debates que tuvieron lugar a largo de la historia:

la discusión de la pobreza entre franciscanos y dominicanos, la discusión de la esclavitud, la discusión sobre el dominio de los mares y los nuevos territorios, la discusión sobre la legitimidad de la monarquía absoluta y la discusión sobre los límites de la monarquía y las potestades del Parlamento.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Daniel Feierstein, “El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, nueva época, año LXI, núm. 228, septiembre-diciembre de 2016, pp. 247-266.

¹⁵⁹ Horacio Spector, “La filosofía de los derechos...”, p.12.

¹⁶⁰ *Idem*.

La doctrina filosófica y jurídica del siglo XX, ha dotado a los derechos humanos, no sólo de positivización sino como medio de interpretación y justificación de las decisiones judiciales, sobre todo en Norteamérica donde ha prevalecido el escepticismo jurídico.¹⁶¹

Fue en el siglo XX, que, a través de la filosofía moral, mediante teorizaciones sobre la noción de derechos humanos, finalmente se previeron los derechos como limitaciones de carácter ético, concebidas y dirigidas de forma individual, resultado de la autonomía de los individuos, preeminentes con respecto a otro tipo de razones morales e irrestrictas, dado que su aceptación no depende de tiempo, cultura, entorno, religión, tradición moral o filosofía. Así, los derechos humanos inalienables y sistemáticos, deben resultar en una estructura jurídica perfectamente bien modulada de carácter universal.¹⁶²

A fin de universalizar los derechos humanos y sobre todo para promover la paz entre las naciones, en el siglo XX, se dio la creación de instituciones y pactos internacionales, entre ellos, la Organización Mundial de las Naciones Unidas (ONU), la cual, diseñada en enero de 1942, en plena Segunda Guerra Mundial¹⁶³, en principio, no estuvo dirigida a exaltar los derechos humanos, sino a que las 26 naciones que aprobaron la Declaración de las Naciones Unidas, resultaran victoriosas frente a las potencias del Eje.¹⁶⁴

Sin embargo, el 24 de octubre 1945, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, aumentó a 50 el número de países que integraron la Organización

¹⁶¹ El escepticismo jurídico, es una importante corriente del pensamiento jurídico, desarrollado principalmente en Estados Unidos y países escandinavos, que presenta oposición a que a las normas jurídicas les sean asignadas propiedades formales, argumentando que la mayor parte de las normas se originan de los precedentes judiciales.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 12, 13.

¹⁶³ Página principal de la Organización Mundial de las Naciones Unidas <https://www.un.org/es/sections/history/history-united-nations/>, consultada 8 de junio de 2020 dos mil veinte.

¹⁶⁴ Las potencias del Eje, fueron un grupo de países aliados, que formaron un pacto tripartita y que derivó en el bloque Berlín-Roma-Tokio, constituido precisamente por Alemania, Italia y Japón, para combatir en la Segunda Guerra Mundial.

Mundial de las Naciones Unidas, y tras su reunión en la ciudad San Francisco, en los Estados Unidos de América, fue redactada y posteriormente firmada la Carta de las Naciones Unidas, lo que determinó el antecedente más importante del siglo XX, para formar una sociedad internacional y el posterior desarrollo del derecho internacional, orientado principalmente, al impulso global de los derechos humanos.

Finalmente, la característica reducción de distancias a través de los medios de comunicación y los avances tecnológicos crecientes y presurizados surgidos en el siglo XX, dieron lugar a la concreción e internacionalización de los derechos humanos e instituciones destinadas a regularlos mediante el derecho internacional.

Concretamente, al siglo XX, se le debe atribuir la materialización de la internacionalización de los derechos del trabajo, ya como organización internacional, el progreso de los derechos civiles y políticos en el sistema universal de protección, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la libre determinación, la protección de los derechos humanos en la Unión Europea, la protección internacional de los grupos vulnerables, la protección internacional de los derechos de los extranjeros, la protección de los derechos de las minorías y la tutela internacional de las personas con discapacidad, entre otros.

2.2. Antecedentes del derecho fundamental a la salud

La salud como un derecho fundamental individual, o por lo menos como modelo de protección Estatal, no apareció sino hasta finales del siglo XIX, pues el Estado únicamente atendía aquellos problemas de salud que pusieran en riesgo la salud pública como las epidemias o el saneamiento, limitando las atenciones médicas de los individuos a su capacidad económica o a las medidas de beneficencia.

Las condiciones insalubres de vida y trabajo derivadas de la urbanización de la población a raíz de la revolución industrial causaron serios problemas de salud e hicieron que este asunto formase parte desatacada de la llamada “cuestión social”.¹⁶⁵

Así, las condiciones laborales deplorables, que reducían significativamente la vida de los obreros, sobre todo en los países europeos que desarrollaron tecnologías industriales durante los siglos XVIII y XIX, abrieron de igual forma el debate y el estudio para abordar cuestiones sociales, entre las cuales aparece la salud.

Uno de los principales antecedentes, no sólo en materia de derecho a la salud, sino como reconocimiento de los derechos sociales, tuvo lugar en Alemania en 1883, en donde el canciller alemán Otto von Bismarck instituyó un sistema de seguros sociales, bajo el argumento de atenuar las inconformidades sociales, ante la creciente presión de de la socialdemocracia.

El proyecto de Bismarck, solo estaba diseñado como un seguro obligatorio contra accidentes y enfermedades para los trabajadores de industrias, sin embargo, dicho sistema, ya en 1886 y 1892, se hizo extensivo a los agricultores y transportistas, respectivamente,¹⁶⁶ como un modelo de seguridad social en el que los trabajadores cotizan una parte de su salario de forma obligatoria.

Por su parte, el modelo Beveridge o modelo de Sistema Nacional británico, aunque extendido alrededor de Europa entre los países nórdicos y los países al sur de dicho continente, entre los cuales figuran Italia, Portugal y Grecia, entre otros, surgió como un plan que entregó William Beveridge el 20 de noviembre de 1942, al gobierno británico y que esencialmente consistía en:

¹⁶⁵ Carlos Lema Añón, *Salud, justicia, derechos, el derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 22.

¹⁶⁶ Néstor de Buen y Emilio Morgado, *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1997, p. 611.

“una universalización del seguro social (absorbiendo todos los sistemas existentes y estableciendo un sistema único), como parte de una política social más amplia. La seguridad social se logra por una cooperación del individuo y el Estado”.¹⁶⁷

Dicho sistema cuya finalidad no solo fue la salud pública sino asegurar el mínimo nacional de subsistencia, tiene su financiación mediante el presupuesto estatal, lo que evidencia que dichos modelos, no pueden ser considerados solo como derechos reconocidos, sino como parte de las actividades del Estado.

La introducción del derecho a la salud como un derecho de segunda generación o derechos de índole social, de los derechos económicos, sociales y culturales,¹⁶⁸ implica una distinción, aunque no contraposición de los derechos de primera generación o libertades individuales, sin embargo, debemos destacar que los derechos de segunda generación ya requieren la participación activa de los poderes públicos.

Es necesario precisar que, el derecho a la salud, considerado como un derecho social, obtiene su categoría de derecho fundamental, al estar inscrito o haber estado inserto como una norma dentro de una Constitución, y atendiendo a nuestra perspectiva histórico-jurídica, debemos identificar, no solo aquellos derechos fundamentales que han tenido vigencia en el pasado, sino sobre derechos fundamentales que no son los de la nuestra Ley Fundamental.¹⁶⁹

De ahí la necesidad de identificar que los primeros textos constitucionales que enunciaron de forma general el derecho fundamental a la salud, tanto de México, como de otros Estados fueron:

¹⁶⁷ Carlos Esplá, *El plan Beveridge: Sir William, el optimista*, Salamanca, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 2017, p. 21.

¹⁶⁸ La sistematización de los derechos humanos en generaciones ha sido ampliamente usada por la doctrina internacional, influenciada por razones ideológicas y políticas características de la guerra fría, el precursor de dicha sistematización fue: Krel Vasack, *las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol.1, Barcelona Serbal-UNESCO, 1984, pp. 15 y ss; tiene una base doctrinal francesa inspirada en la bandera francesa; “libertad, igualdad y fraternidad”, esta última sustituida por Solidaridad, es decir, tres generaciones. Si bien la teoría de las generaciones de los derechos, se analizará en el próximo capítulo, momentáneamente nos permitirá construir un panorama en relación al aspecto historicista del derecho a la salud.

¹⁶⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 28.

a) La Constitución de México de 1917, en donde se expresa en su artículo cuarto que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”.¹⁷⁰

b) La Constitución alemana de Weimar de 1919, la cual, en precepto centésimo sexagésimo primero, que establece que “Para atender a la conservación de la salud...” “...el Imperio creará un amplio sistema de seguros, con el concurso efectivo de los interesados...”.¹⁷¹

c) La Constitución española de 1931, que en su numeral cuadragésimo sexto precisa que “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, invalidez y muerte...”.¹⁷²

Ahora bien, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, se creó la Organización Mundial de la Salud, la cual entró en vigor al marco de su Constitución el 7 de abril de 1948, sin embargo, no era la primera vez que se pretendía regular de forma instituida e internacional la materia de salud, pues desde 1907, en París, ya existía la Office International d’Hygiène Publique, la cual estaba constituida para recopilar acuerdos internacionales en materia de salud; asimismo, en 1902, en Estados Unidos se encontraba ya constituida la Oficina Sanitaria Panamericana, no obstante, dicha organización no contaba con autoridad de forma internacional.¹⁷³

¹⁷⁰ Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos de 1917, <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Mexico/Leyes/constitucion.pdf>, consultada el 23 veintitrés de junio de 2020, dos mil veinte.

¹⁷¹ Constitución del Imperio Reich Alemán, de 11 once de agosto de 1919, mil novecientos diecinueve, <https://ezequielssingman.files.wordpress.com/2016/03/constitucion-de-weimar-alemania-19191.pdf>, consultada el 23 veintitrés de junio de 2020, dos mil veinte.

¹⁷² Constitución de la República Española, de 9 nueve de diciembre de 1931, mil novecientos treinta y uno, http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf, consultada el 23 veintitrés de junio de 2020, dos mil veinte.

¹⁷³ Marcos Cueto, “El proceso de creación de la Organización Mundial de la Salud y la Guerra Fría”, en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. XXXVIII, núm. 69, pp.129-156.

La Organización Mundial de la Salud al igual que la gran mayoría de organizaciones de carácter internacional que vieron su nacimiento con la posguerra, dieron especial énfasis a la relación existente entre salud y paz, de hecho su denominación en el marco de lo mundial, y no de lo internacional, se dio “por la conciencia de que se estaba ante un problema de los pueblos y no de los Estados”.¹⁷⁴

Otro aspecto histórico fundamental en materia de salud que se dio en el siglo XX, fue la concreción y ratificación por parte de gran número de Estados a tratados y pactos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada y aprobada en 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, plasma los derechos y libertades a los que todo ser humano puede aspirar de manera inalienable y en condiciones de igualdad, en materia de salud, en su artículo 25 señala:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.¹⁷⁵

Uno de los antecedentes más importantes para el desarrollo del derecho a la salud es El Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, el cual, fue aprobado mediante la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, y se estableció como obligatorio para aquellos Estados que quedaron vinculados, tras su consentimiento, como es el caso del Estado mexicano, que se adhirió el 23 de marzo de 1981, entrando en vigor en nuestro país el 12 de mayo de ese año.

¹⁷⁴ Carlos Lema Añón, *Salud, justicia, derechos...*, p. 28.

¹⁷⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf, consultada el 24 veinticuatro de junio de 2020 dos mil veinte.

El Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, recoge en su artículo 12 que: “Los Estados Parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”,¹⁷⁶ sin embargo, dicho reconocimiento general, se presenta un tanto ambiguo, por la dificultad de determinar cuál es el más alto nivel posible de salud.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, abierta a firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, y con su posterior entrada en vigor el 4 de enero de 1969, fue creada para promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.¹⁷⁷

Asimismo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, en su numeral 5, apartado e), inciso iv) señala que:

“...En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes...” “...e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular...” “...iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales...”¹⁷⁸

Es así que podemos identificar la interrelación que existe entre las distintas instancias que hemos señalado, pues derivado de la Organización Mundial de las Naciones Unidas, y posteriormente a la declaración Universal de los Derechos Humanos, surge el pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y

¹⁷⁶ Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, consultado el 25 veinticinco de junio de 2020 dos mil veinte.

¹⁷⁷ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>, consultada el 25 veinticinco de junio de 2020 dos mil veinte.

¹⁷⁸ *Idem*.

culturales, dando énfasis a la importancia al derecho de igualdad en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Sin embargo, a fin de robustecer aquellos cuerpos normativos internacionales, se aprobaron algunas convenciones por la Asamblea General de las Naciones Unidas, como la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, del 18 de diciembre 1979, misma que en el primer párrafo, en su artículo 11, apartado f) señala que:

“Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular...” “...El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción...”¹⁷⁹

Por su parte, la Convención para los Derechos de los niños, aprobada como un tratado internacional de derechos humanos, el 20 de noviembre de 1989, se presenta como un modelo para la salud, supervivencia y progreso de la sociedad humana, enumerando aspectos realmente concretos e importantes para lograr la configuración del derecho a la salud, pues en su numeral 24, establece que:

“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; Convención sobre los Derechos del Niño b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y

¹⁷⁹ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>, consultada el 26 veintiséis de junio de 2020 dos mil veinte.

reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.¹⁸⁰

Finalmente, y atendiendo a que de acuerdo con el último informe realizado por la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial, en todo el mundo existen más de mil millones de personas con discapacidad, lo que representa aproximadamente 15% de la población mundial,¹⁸¹ y haciendo frente a dicha situación, el 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado y ratificado por México, el 30 de marzo de 2007, el cual en su artículo 25, señala que:

“Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población; b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores; c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales; d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado; e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; f) Impedirán que se nieguen, de manera

¹⁸⁰ Convención para los Derechos de los niños, <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, consultada el 27 veintisiete de junio de 2020 dos mil veinte.

¹⁸¹ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Discapacidad-Protocolo-Facultativo%5B1%5D.pdf>, consultado el 27 veintisiete de junio de 2020 dos mil veinte, p.7.

discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad".¹⁸²

Como parte de los instrumentos internacionales que hacen alusión al derecho a la salud, podemos encontrar algunos elaborados entre naciones de un mismo continente. Los llamados instrumentos regionales vinculan para su cumplimiento solo a países de su propia región geográfica, compartiendo en muchos casos, situaciones similares socioeconómicas y culturales, que hacen posible una mayor identificación, y por tanto, una mejor regulación al considerar las situaciones particulares de cada zona.

Dentro de los instrumentos regionales podemos encontrar la Carta Social Europea, aprobada por los miembros del Consejo de Europa, en Turín el 18 de octubre de 1961; La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada en Nairobi, Kenya, el 27 de julio de 1981; y El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, elaborado el 17 de noviembre de 1988, en San Salvador, y aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión en México, el 12 de diciembre de 1995, el cual mediante sus artículos 9 y 10, protegen los derechos a la seguridad social y a la salud, respectivamente.¹⁸³

Por otra parte, el 12 de septiembre de 1978, la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, mediante una histórica conferencia internacional sobre atención primaria de salud, conocida como Alma-Ata, celebrada en Kazajstán, se discutió sobre la necesidad de una acción urgente

¹⁸² Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Discapacidad-Protocolo-Facultativo%5B1%5D.pdf>, consultado el 27 veintisiete de junio de 2020 dos mil veinte.

¹⁸³ Señalamos de modo superficial los instrumentos regionales, sobre todo los referentes a los continentes europeo y africano, por no estar tan vinculados con nuestro sistema jurídico, en tanto que al tratado de San Salvador, aun cuando México forma parte de él, no nos centraremos en este momento a su análisis, toda vez que será materia de estudio en el próximo capítulo; El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/PI2.pdf>, consultado el 28 veintiocho de junio de 2020 dos mil veinte.

por parte de todos los gobiernos, de todos los profesionales sanitarios y los implicados en el desarrollo de protección a la salud, y por parte de la comunidad mundial, para proteger y promover la salud para todas las personas del mundo.

Son de suma importancia las aportaciones que se dieron en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, conocida como Alma-Ata, pues en dicha conferencia, se integran y unifican de forma internacional, criterios sobre el concepto de salud, sobre las obligaciones por parte de los Estados en relación con dicha materia, las responsabilidades que tienen los profesionales de la salud con respecto a los ciudadanos, exaltando siempre la preponderancia de la salud con relación a los derechos de los ciudadanos en todo el mundo.

En relación con el concepto de la salud, en la Conferencia de a Alma-Ata, se considera la salud de forma amplia y multifactorial:

...estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades es un derecho humano fundamental y que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la salud.¹⁸⁴

De igual forma, en dicha Conferencia, se exalta la obligación que tienen los gobiernos de los Estados de cuidar la salud de sus pueblos, señalando que:

...obligación que sólo puede cumplirse mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas. Uno de los principales objetivos sociales de los gobiernos, de las organizaciones internacionales e de la comunidad mundial entere en el curso de los próximos decenios debe ser el de que todos los pueblos del mundo alcancen en el año 2000 un nivel de salud que les permita llevar una vida social y económicamente productiva. La atención primaria de salud es la clave para alcanzar esa meta como parte del desarrollo conforme al espíritu de la justicia social.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Alma-Ata-1978Declaracion.pdf>, consultada el 25 de julio de 2020.

¹⁸⁵ *Idem.*

No obstante que en la Conferencia citada, se instó a los gobiernos de los Estados que integran la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otras organizaciones internacionales, así como a los organismos internacionales, organismos multilaterales y bilaterales, organizaciones no gubernamentales, a los organismos de financiación, a todo el personal de salud y al conjunto de la comunidad mundial, a seguir y buscar desarrollar el contenido sobre la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, en la que incluso se exhortó a la urgente y eficaz acción nacional e internacional a fin de impulsar y poner en práctica la atención primaria de salud en el mundo entero y particularmente en los países en desarrollo, sin embargo, desde entonces no solo no se han seguido dichas recomendaciones de forma estricta, sino que ha existido un retroceso en los modelos de salud en casi todo el mundo.

La dificultad actual para regular de forma precisa la salud en la normatividad fundamental, con los parámetros que se establece en la legislación internacional se debe en gran medida a la visión reduccionista y medicalizada de la salud, en la que cada país se limita a seguir sus normas prestacionales y sanitarias en materia de salud, además de que la Organización Mundial de la Salud, ha sido desplazada, en autoridad, por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio, instituciones de naturaleza financiera que poseen una mayor influencia y desarrollo en materia de salud que la propia Organización Mundial de la Salud.

Lo anterior se puede inferir de los informes que ha rendido el Banco Mundial, como el que en 1993, tituló “Invertir en la salud”,¹⁸⁶ del cual se advierte un análisis de la situación sanitaria mundial desde el ámbito económico, es decir, examina la interacción entre la salud humana, las políticas sanitarias y el desarrollo económico, lo que nos permite conocer los problemas sanitarios que se

¹⁸⁶ Informe rendido por el Banco Mundial “Invertir en la salud”, <http://documents1.worldbank.org/curated/en/259121468340250256/pdf/341290spanish.pdf>, consultado el 26 de julio de 2020.

presentan a nivel mundial, pues se informa de manera estadística una situación alarmante en temas como la morbilidad, la mortalidad y los años de vida ajustados por discapacidad.

El informe que en materia de salud realizó el Banco Mundial ha sido polémico, pues se trata de un análisis realizado por una institución que no ha sido diseñada para encargarse del cuidado de la salud, además de que dicho informe ha influido en distintas reformas sanitarias que tuvieron lugar en años sucesivos en países como México, caracterizadas por la intrusión del modelo privado de seguros de salud, típicos de Estados Unidos de Norteamérica, que se contraponen a los sistemas públicos y universales de salud que han sido defendidos en los instrumentos internacionales previamente analizados.¹⁸⁷

En la actualidad, los sistemas públicos de salud de muchos Estados coexisten con los sistemas de sanidad privados, cuyo progreso de estos últimos no ha sido mermado en lo absoluto, aun cuando la tendencia teórica es el expansionismo de los sistemas públicos. En países como México el deterioro, restricciones y la falta de abastecimiento de elementos esenciales como el medicamento en los servicios públicos sanitarios, derivan en el consumo de los servicios sanitarios de medios privados, incluso en muchas ocasiones concesionados por el propio gobierno “desvío hacia la medicina privada, ya venga ésta públicamente financiada o no”.¹⁸⁸

Así pues, los Estados, con la perspectiva económica que el Banco Mundial presentó en 1993, han ido modificando de forma paulatina y progresiva los contenidos presupuestarios del gasto público sanitario, pues el excedente liberado por el crecimiento económico es susceptible a ser modificado como capital social desde dos perspectivas: desde la forma de inversión social, como aquel gasto que aumenta la productividad del trabajo y con ello la rentabilidad del capital; o como

¹⁸⁷ Carlos Lema Añón, *Salud, justicia, derechos...*, p. 29.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p 33.

un consumo social, a partir de bienes y servicios consumidos gratuitamente lo cual inevitablemente hace bajar el coste de la mano de obra, como es el caso del gasto en materia de sanidad.¹⁸⁹

En el 2015, el Banco Mundial publicó un nuevo informe llamado *Universal Health Coverage*,¹⁹⁰ mismo que proyecta los objetivos hasta el 2030, sobre el desarrollo para lograr la cobertura universal en materia de salud mediante la protección contra riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales, pero de calidad, así como a medicamentos y vacunas básicas, sugiriendo la priorización de los aspectos financieros en las políticas de salud,¹⁹¹ informe que si bien parece indicar la universalización de los servicios de salud pública, se trata de una simbiosis y coexistencia entre los sistemas públicos y privados de salud.

Otro texto internacional fundamental en materia de salud es la Carta de Ottawa de 1986, derivada de la Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud, donde se indican claramente las condiciones y requisitos para la salud, como son: “la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad”,¹⁹² de ahí que la salud, no es el objetivo sino un camino determinante para la calidad de vida. La Carta de Ottawa es trascendente, pues se considera el fundamento de los conceptos y principios

¹⁸⁹ Las reformas llevadas a cabo en los servicios de salud en México, en los últimos veinte años, han tenido como referencia el modelo impulsado por el Banco Mundial en 1993, lo que implica una visión de la salud como un elemento de desarrollo económico, en el que impera la competencia en el mercado y enfatiza la reorganización institucional, separando las funciones de regulación e incorporación de la competencia entre instituciones públicas y privadas, la financiación y la prestación de servicios, lo que ha implicado problemas por la expansión de las empresas privadas de salud, derivadas de la implementación de estrategias enfocadas en el modelo de competencia gerenciada. Mónica Uribe, “Nuevos cambios, viejos esquemas: las políticas de salud en México y Colombia en los años 2000”, en *Cadernos de Saúde Pública*, Departamento de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Humanas y Económicas, Universidad Nacional de Colombia, Medellín, 2017, <https://doi.org/10.1590/0102-311x00112616l>.

¹⁹⁰ El *Universal Health Coverage*, es el informe que el Banco mundial rindió sobre la Cobertura Universal en Salud.

¹⁹¹ *Universal Health Coverage*, <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2014/12/02/world-development-report-2015-explores-mind-society-and-behavior>, consultado el 31 de julio de 2020.

¹⁹² Carta de Ottawa de 1986, <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/Carta-de-ottawa-para-la-apromocion-de-la-salud-1986-SP.pdf>, consultada el 3 de agosto de 2020.

de la moderna promoción de la salud desde una perspectiva multidimensional y multifactorial.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional que reconoce a las niñas, los niños y los adolescentes como sujetos de derechos, fue aprobada por los Estados miembros de las Naciones Unidas y establece la obligación por parte de los Estados a garantizar sus derechos de manera prioritaria.

Por su parte, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia en México y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, realizaron un documento que reunió diecisiete observaciones generales que el Comité de los Derechos del Niño, entre las cuales se aborda la salud infantil desde la óptica de los derechos del niño, en el sentido de que:

...todos los niños tienen derecho a oportunidades de supervivencia, crecimiento y desarrollo en un contexto de bienestar físico, emocional y social al máximo de sus posibilidades. En el marco de la presente Observación General, se entiende por “niño” todo menor de 18 años de edad, de conformidad con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante denominada “la Convención”). Pese a los notables logros alcanzados recientemente desde la aprobación de la Convención, persisten dificultades considerables en cuanto al disfrute por los niños de su derecho a la salud. El Comité de los Derechos del Niño (en adelante denominado “el Comité”) reconoce que la mayor parte de la mortalidad, la morbilidad y la discapacidad infantiles podría prevenirse con compromiso político y una asignación de suficientes recursos a la aplicación de los conocimientos y tecnologías disponibles con fines de prevención, tratamiento y atención. La presente Observación General se preparó con el objeto de facilitar orientación y apoyo a los Estados partes y otras instancias protectoras para ayudarlos a respetar, proteger y hacer efectivo el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud...¹⁹³

Finalmente podemos asegurar que la tendencia mundial, según se puede inferir de los instrumentos jurídicos internacionales señalados, es el

¹⁹³ Convención sobre los Derechos del Niño de 2014, <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>, consultada el 22 de julio de 2020.

reconocimiento de la salud como un derecho humano universal, sin embargo, también se advierte que en la realidad está muy lejana la aplicación de dichos instrumentos por parte de los Estados.

2.3. Antecedentes y alcances del derecho a la protección de la salud en México

Hasta ahora hemos hecho referencia a la denominación y concepto del derecho a la salud, las técnicas para su protección y su alcance normativo de acuerdo a los instrumentos jurídicos internacionales, sin embargo, el derecho a la salud ha sido identificado con múltiples variantes, desde el derecho a la asistencia sanitaria hasta el derecho a la protección de la salud, denominaciones cuyo significado, alcances jurídicos y sociales y garantías implicados, pueden variar de acuerdo a su interpretación por parte de las autoridades de un Estado particular.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, como lo advertimos anteriormente, en su artículo 25, destaca tres elementos que parecen indispensables para formular un derecho a la salud radial y completo:

- a) Derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure salud y bienestar.
- b) Derecho a la asistencia médica y servicios sociales necesarios.
- c) Derecho a seguro de enfermedad.¹⁹⁴

De ahí la complejidad del derecho a la salud, ya que parece agrupar “una serie de derechos diversos, que despliega distintos elementos de alcance diferente”,¹⁹⁵ por lo que limitar el derecho a la salud a una sola denominación y alcance, puede llegar a implicar la desvinculación de dicha prerrogativa y reducirlo a la salvaguarda de las condiciones de vida, la asistencia médica o la protección social relativa a los trabajadores, en su exclusivo aspecto social.

¹⁹⁴ Declaración de los Derechos Humanos..., art. 25.

¹⁹⁵ Carlos Lema Añón, *Salud, justicia, derechos...*, p. 41.

Actualmente, sobre todo en las sociedades que forman parte de la Organización Mundial de las Naciones Unidas, como es el caso de México, el derecho a los servicios de salud es una realidad, por lo menos dentro su reconocimiento en los sistemas jurídicos correspondientes.

De la misma forma, los países miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico han establecido un amplio paquete de servicios médicos, dirigidos a los ciudadanos de su Estado respectivo o, en algunos casos, a extranjeros, siempre y cuando sean residentes legales; incluso, en algunos casos se incluye a las personas no legales y a los turistas como acreedores a los servicios sanitarios públicos.

En México se estableció la protección de la salud como un derecho fundamental prescrito en su Carta Magna desde la Constitución de 1917, sin embargo, dicha prerrogativa fundamental estaba dirigida a otorgar prestaciones de seguridad social para la clase trabajadora, y con ello, se pretendía dar respuesta a una problemática social de la época, lo que dista del objetivo actual de otorgar una cobertura universal de los servicios de salud en todo el país.

Si bien, hacer un profundo estudio sociológico de las circunstancias históricas que acontecieron en México y que dieron origen a la Constitución de 1917, no es el objetivo en la presente investigación, es necesario dar un esbozo de la realidad social de dicha época, lo que nos permitirá comparar su realidad constitucional y la actual en torno al derecho a la salud, y así, determinar si el texto constitucional inscrito en aquella época y vigente en la actualidad, relativo a la salud es aplicable, o si, dado el sesgo histórico ya no es adecuado garantizar la salud tal como está inscrito en el párrafo cuarto, artículo cuarto de nuestra Carta Magna.

Es preciso señalar que, desde el ámbito jurídico debemos distinguir aquellos derechos fundamentales de la ley fundamental positivamente válidos, de

aquellos que han tenido vigencia en el pasado,¹⁹⁶ pues es necesario considerar que la función de los derechos fundamentales no sólo se limita a garantizar los derechos subjetivos de los individuos en un tiempo determinado, sino también a establecer los principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del estado de derecho.

El derecho a la salud en la Constitución de 1917, pretendía establecer los principios sociales que dieran forma al Estado mexicano posterior a la Revolución Mexicana de 1910, época marcada por una clara diferencia entre clases, pues, mientras la clase alta, conformada por los adinerados del país y extranjeros privilegiados, altos puestos del gobierno, clero y el ejército, gozaban de una vida llena de opulencia, la clase baja constituida por la gran mayoría de la población mexicana, entre los que se encontraban militares, campesinos y obreros, suplicaban una legislación que protegiera sus intereses.¹⁹⁷

Ya en 1983, se hicieron las adiciones correspondientes al numeral 123 de la Constitución Política de México, con respecto al concepto de protección de la salud, lo mismo que en el artículo cuarto constitucional, señalando que:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.¹⁹⁸

La adición citada al artículo cuarto constitucional, la Ley General de Salud de 1984,¹⁹⁹ precisó las modalidades para tener acceso a la protección de la salud por parte de los individuos, aunque no se determinó una cobertura universal de dicho derecho y mucho menos anuló el servicio de salud privado, que dadas sus

¹⁹⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 28.

¹⁹⁷ Víctor Manzanilla, “Aspectos sociales de la Constitución de 1917”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, abril-junio de 1956, pp. 169-180.

¹⁹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo adicionado DOF 03-02-1983, <http://www.sct.gob.mx/JURE/doc/cpeum.pdf>, consultada el 3 de agosto de 2020.

¹⁹⁹ Ley General de Salud de 1984, <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/rlgsmis.html>, consultada el 3 de agosto de 2020.

mejores condiciones se ha logrado posicionar en el mercado como la opción más profesional en cuanto a sus servicios.

Fue hasta el año 2000, que en México se comenzó a trabajar en una reforma en materia de salud, la cual se denominó Democratización de la Salud en México, y propuso la creación de un Sistema de Protección Social en Salud, que operaría como un seguro popular, estableciendo una modalidad tripartita, la cual consistiría en una aportación por parte del gobierno federal de un 80% de los gastos y costos derivados de dicho sistema, y el 20% restante derivaría de contribuciones estatales y de las aportaciones de los ciudadanos.

El Sistema de Protección Social en Salud entró en operación el primero de enero de 2004, bajo el esquema de seguro universal o también llamado Seguro Popular de Salud, el cual estaba diseñado para financiar servicios personales no especializados en materia de salud.²⁰⁰

La reestructuración que en materia de salud se impulsó, responsabilizaría de forma solidaria a los Estados y los Municipios, a fin de garantizar los servicios de salud pública, como la vigilancia epidemiológica, la protección ambiental y la protección contra riesgos sanitarios y los servicios esenciales de primer y segundo nivel, como aquellos de alto costo en relación con la atención individual.

Los servicios esenciales relativos al primer y segundo nivel fueron contemplados en el Catálogo de Servicios Esenciales de Salud,²⁰¹ catálogo que elevó de 78 intervenciones que contenía el Catálogo de Beneficios Médicos de 2002, a 294 intervenciones médicas, que, a vez, se distribuyeron en 5 bloques: la

²⁰⁰ Financiamiento Justo y Protección Social Universal: La Reforma Estructural del Sistema de Salud en México, <http://www.salud.gob.mx/unidades/evaluacion/seguropopular/reforma.pdf>, consultada el 4 de agosto de 2020.

²⁰¹ Catálogo de Servicios Esenciales de Salud, <http://www.censida.salud.gob.mx/descargas/biblioteca/documentos/CAUSES2012.pdf>, consultado el 4 de agosto de 2020.

prevención y promoción en salud, medicina general y de especialidad, urgencias, cirugía general y la de obstetricia.²⁰²

El Sistema de Protección Social en Salud, se basó en la “atención a la salud de la persona”,²⁰³ al definir los servicios de salud de primero y segundo niveles de atención, sin embargo, complementario a ello, se integraron otros dos servicios: el Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos y el Seguro Médico para una Nueva Generación, éste último, financiando las intervenciones médicas de de alto costo.

En el 2015, se presentó un nuevo modelo por parte de la Secretaría de Salud de México, en la que se establecieron estrategias para asegurar el cumplimiento del derecho a la protección de la salud, dicho modelo, propuso alcanzar elevados niveles de cobertura y asegurar un acceso eficiente y eficaz a los servicios de salud. Sugiriendo la equidad para dicho programa y su direccionamiento a los grupos sociales más vulnerables.

Es importante destacar que, de acuerdo a las condiciones sociales en México, predominan grandes desigualdades, lo que se infiere del informe Desigualdad en el mundo y en América Latina de 2014,²⁰⁴ rendido por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, donde se examina el sistema de salud mexicano, señalando la carencia de mecanismos para mejorar la calidad de los servicios, así como de un sistema de información que permita a las autoridades identificar estadísticas y cumplir con dichos servicios. En el informe referido se señala que existían al momento de ser rendido, más de 20 millones de mexicanos sin acceso a servicios de salud.

²⁰² Catálogo de Beneficios Médicos de 2002, <https://www.gob.mx/salud/seguropopular/documentos/catalogo-universal-de-servicios-de-salud-causes-2018-153111>, consultado el 4 de agosto de 2020.

²⁰³ Mónica Uribe, “Las reformas a la protección social en salud en México: ¿rupturas o continuidades?”, en *Perfiles Latinoamericanos*, N° 42, julio-diciembre.

²⁰⁴ <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-desigualdad-disminuye-america-latina-la-ultima-decada-pero-su-reduccion-presenta>

El 7 de mayo de 2020, el titular del Poder Ejecutivo Federal, en uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la Constitución Política México, expidió el decreto mediante el cual reformó el párrafo cuarto y adicionó los párrafos décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto, del artículo 4 Constitucional, señalando que:

... Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud...
... La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social. El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley...²⁰⁵

Dicho decreto entró en vigor el día 9 de mayo de 2020, correspondiendo al Congreso de la Unión armonizar el marco jurídico en la materia para adecuarlo al contenido de dicho decreto, sin embargo, la ejecución de dichas reformas dependerá del monto de los recursos asignados, en el Presupuesto de Egresos de la Federación, lo cual se asemeja a las medidas relacionadas con la atención sanitaria que se han tomado anteriormente.

²⁰⁵ Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593045&fecha=08/05/2020, consultado el 6 de agosto de 2020.

CAPÍTULO III. El derecho fundamental a la salud como derecho social y el derecho fundamental a la protección de la salud como derecho prestacional, en relación a la teoría de las generaciones de los derechos humanos

Previo abordar el concepto de los derechos sociales, debemos tener en cuenta que el reconocimiento y adición de los derechos humanos en diversas normas marco y en la teoría constitucional ha sido un proceso paulatino, esto, derivado de que inicialmente dichas prerrogativas estaban dirigidas a la preservación de la vida, la libertad y la propiedad en un sentido muy abstracto, lo que representaba que la función del Estado “debía ser tan extenso como fuera imprescindible para asegurar dicha inmunidad frente a los demás individuos y tan limitado como fuese posible para no convertirse él mismo en una amenaza de los derechos”,²⁰⁶ es decir, las actividades del Estado, a partir del siglo XVIII, se orientaron a un aspecto pasivo, pues se pretendía frenar su intromisión en la esfera jurídica de los gobernados.

Así pues, si en el siglo XVIII, con el movimiento sociopolítico de la Ilustración se pretendía limitar el poder del Estado disminuyendo su esfera de acción. En los siglos XIX y XX, se nota una clara tendencia social a exigir que las funciones del Estado, pasaran de un solo respeto o una abstención frente a la esfera jurídica del gobernado, a la realización de acciones positivas dirigidas a satisfacer ciertas necesidades de sectores sociales como el proletariado, lo que dio lugar a los derechos económicos, sociales y culturales, dirigidos inicialmente al ámbito de las relaciones económicas y laborales, y posteriormente conducidos a lo relacionado con los derechos prestacionales, lo que representa una ambigüedad considerable en relación a la naturaleza de la materia de estudio de los derechos sociales.

²⁰⁶ Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 16.

Existen diversos aspectos que representan un problema al momento de determinar la noción de los derechos sociales, lo que deriva en numerosos conceptos formulados en la teoría, conformados con elementos y estructuras ambiguas, imprecisas y sobre todo carentes de homogeneidad.²⁰⁷

3.1. El derecho a la salud como derecho social y sus alcances

Quizá la primera dificultad con la que nos enfrentamos, es la ambigüedad del elemento central de estudio de dichas prerrogativas, es decir, si los derechos sociales regulan las relaciones económicas y laborales de determinados sectores o se trata de la reglamentación de derechos prestacionales para la generalidad de los individuos que conforman la sociedad.

Otro obstáculo importante es la consideración de algunos enfoques doctrinales constitucionalistas que relacionan a los derechos sociales con “disposiciones programáticas, mandatos de optimización, derechos debilitados u otros adjetivos que implican cuestionamientos a la fundamentalidad de los derechos sociales, principalmente cuando son comparados con las libertades y derechos civiles y políticos”.²⁰⁸

De igual forma, un aspecto que impide la existencia de un concepto jurídico homogéneo de los derechos sociales, se deriva del problema sustancial filosófico-jurídico, de considerar al derecho social como mero reflejo de una obligación o aceptar que existe una correlatividad entre la obligación y el derecho de los sujetos implicados en las relaciones jurídicas derivadas de dichas prerrogativas sociales.

²⁰⁷ Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Derechos sociales...*, p. 19.

²⁰⁸ Sebastián Salazar Pizarro, “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”, en *Revista de derecho*, Valdivia, nueva serie, núm. 1, Volumen XXVI, julio-agosto de 2013, pp. 69-93.

Así, para algunos autores los derechos sociales se pueden entender como derechos subjetivos de prestación positiva y fáctica por parte del Estado,²⁰⁹ lo que representa aceptar la existencia de un derecho subjetivo, mientras que para otros el criterio definidor de los derechos sociales residiría en el contenido de la obligación por parte del propio Estado de abstenerse u omitir hacer algo que afecte la esfera jurídica del gobernado, y con ello, se comprometa el ejercicio de su libertad.

Partiendo del análisis que hicimos sobre el derecho subjetivo en el primer capítulo de la presente tesis, y dado que en los derechos sociales, la naturaleza de la obligación tiene un carácter positivo, “de dar o de hacer”,²¹⁰ podemos inferir que “los derechos sociales participan del mismo destino de su género próximo, los derechos subjetivos”,²¹¹ esto es, que dichos derechos como un producto de la abstracción del pensamiento jurídico, con el paso del tiempo se han formalizado hasta tener lugar en sistemas normativos, pasando de simples aspiraciones a normas concretas que requieren procedimientos e instituciones que permitan plasmar su constructo conceptual y su aplicación a la sociedad, lo que puede considerarse como características de una prestación.

De ahí los conflictos al momento de identificar los derechos sociales como leyes fundamentales o normas concretas plasmados en una ley fundamental, pues pareciera que resguardan bienes jurídicos contrapuestos, de acuerdo al tipo de acciones de las que participa el poder público.

Por una parte, tenemos los derechos fundamentales considerados como acciones negativas cuyo bien jurídico tutelado en mayor medida es la libertad, pues “están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano

²⁰⁹ Rodolfo Arango, “Derechos sociales”, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. II, p. 1683.

²¹⁰ Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Derechos sociales...*, p. 21.

²¹¹ Rodolfo Arango, “Derechos sociales”, *Enciclopedia de filosofía...*, p. 1683.

frente a Estado”,²¹² mientras que, por otra, los derechos sociales “son los derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluidas en el status positivo en sentido estricto”.²¹³

Podemos inferir que los derechos sociales resguardan como bien jurídico principal la igualdad derivada de la dignidad humana, la cual “puede fundamentar derechos derivados a prestaciones, y además, puede ser interpretada en el sentido de un principio de igualdad fáctica, que en casos especiales puede fundamentar también derechos originarios a prestaciones”.²¹⁴

La igualdad que, en su sentido sustancial, consiste precisamente en disfrutar de un régimen jurídico diferenciado o desigual, en atención precisamente a una desigualdad fáctica que pretende limitarse o superarse,²¹⁵ y aunque puede considerarse cierto que los derechos sociales promueven la libertad, en realidad ésta perdería sentido si no llegara a ser igual para todos, es decir, que todos participen de los bienes sociales materiales.

Ahora bien, no es coincidencia que la igualdad perseguida en los derechos sociales esté fundamentada en la dignidad humana, pues como lo vimos en el capítulo anterior, tanto la aparición de los derechos sociales, como el concepto de dignidad, han sido acuñados recientemente y casi de forma simultánea. La primera referencia al carácter inherente de la dignidad humana en el derecho internacional público fue utilizada en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

²¹² Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 419.

²¹³ *Idem*.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 421.

²¹⁵ Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Derechos sociales...*, p. 24.

...Considerando que el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos equitativos e inalienables de todos los miembros de la familia humana es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo.²¹⁶

El concepto de la dignidad humana se infiere de su finalidad de reconocer jurídicamente la igualdad y libertad de todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, considerando que existen derechos inviolables, inherentes a la persona.

La dignidad humana, ha sido considerada por la teoría jurídica actual como “la base de la ética pública de la modernidad”,²¹⁷ o más precisamente desde la posguerra, la cual se ha traducido en derechos sociales, debido a la tópica entendida como el lugar común de la capacidad humana de libre elección, construcción de conceptos generales y de raciocinio.

Ahora bien, para resolver conflictos conceptuales respecto a los derechos sociales, debemos atender nuevamente a la dimensión analítica de la dogmática jurídica desde su ámbito estructural,²¹⁸ de ahí que, para efectuar las consideraciones sistemático-conceptuales de los derechos sociales, determinando su construcción como norma en un sistema jurídico, debemos analizar, entre otras cosas, su estructura, la cual se compone de un sujeto titular, un sujeto destinatario y un objeto.

Esas relaciones triádicas que se establecen en los derechos sociales fundamentales, producto de su naturaleza como derechos subjetivos, se traducen

²¹⁶ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf, consultada el 24 veinticuatro de junio de 2020 dos mil veinte.

²¹⁷ Gregorio Peces, “Reflexiones sobre los derechos sociales”, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 86.

²¹⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 30.

en la dinámica en que un sujeto titular tiene frente a un sujeto destinatario derecho a un objeto.²¹⁹

Podemos decir entonces que, si adjudicamos la categoría de derechos fundamentales a los derechos sociales, éstos deben contener forzosamente los elementos que conforman su estructura, analizando si efectivamente pueden considerarse en sentido estricto como derechos subjetivos, es decir, si dichos derechos sólo tienen un sujeto titular y un destinatario, y describir cual es la naturaleza del objeto.

Inicialmente y ya que en el primer capítulo de la presente investigación analizamos los derechos subjetivos, podemos decir que, ya sea que nos enfoquemos en los poderes jurídicos que señala la teoría de la voluntad, u optemos orientarnos por la consideración de los derechos subjetivos de la teoría del interés, lo trascendente para nuestra investigación, es presuponer la existencia de enunciados que hacen referencia a los derechos en sí mismos, y por tanto, para la definición de los derechos sociales, resultan indiferentes tanto las razones que fundamentan los derechos subjetivos, como respecto de su exigibilidad judicial efectiva.²²⁰

Lo que requerimos para nuestro análisis, es una noción formal de los derechos subjetivos, para partir de la estructura de las relaciones triádicas que los conforman y que se deduce de la propia naturaleza jurídica de los derechos sociales, entendidos en sentido estricto como:

...derechos subjetivos que gozan de rango constitucional y cuya estructura está compuesta por: un sujeto titular a, que representa a una persona física; un sujeto destinatario b, que puede ser tanto el Estado

²¹⁹ Federico de Fazio, "El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales" en *Revista Derecho del Estado*, no. 41, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre, 2018, pp. 173-195.

²²⁰ Federico de Fazio, "El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales" en *Revista Derecho...*, pp. 173-195.

como una persona física o jurídica de derecho privado, y un objeto A pf, que simboliza una acción positiva fáctica.²²¹

Ahora bien, en cuanto a los sujetos que interactúan dentro de la dinámica derivada de las pretensiones jurídicas dirigidas al objeto, se encuentran los sujetos titulares, los cuales, por la naturaleza material del objeto pretendido, deben entenderse como personas físicas, “en razón de que su ejercicio es distribuible en términos individuales,”²²² sin embargo, queda en cuestión el tipo de relación jurídica requerida de dichos sujetos con el Estado, dejando expuesta la posible imperfección de los derechos sociales, dada su “imposible universalidad, bien por su contenido indefinido, bien por su necesariamente imperfecta protección”.²²³

Es cierto que las razones que dieron origen a los antecedentes históricos de los derechos sociales fundamentales o incluso a la lucha por la igualdad ante la ley, surgió en el siglo XVIII, como un derecho de protectorado a la clase burguesa frente a la nobleza, pero esto no implica que al transcurrir los años los derechos sociales no se consideren fruto de las victorias de clases vulnerables y minorías, por lo que, para la formulación de una noción sobre los titulares del derecho social fundamental, no es posible basarnos en una tesis histórica.²²⁴

Podría considerarse contradictorio el primer elemento estructural de los derechos sociales, el derecho subjetivo, con la carencia expuesta derivada de la naturaleza jurídica del sujeto titular, infiriendo que en los derechos sociales “predomina la denominada dimensión objetiva frente a la dimensión subjetiva”,²²⁵ sin embargo, sería estéril ahondar en el tema de la universalidad de los derechos subjetivos, pues como dijimos anteriormente, lo que requerimos para nuestro

²²¹ *Idem.*

²²² *Ibidem*, p. 179.

²²³ Liborio L. Hierro, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 172.

²²⁴ Federico de Fazio, “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales” en *Revista Derecho...*, pp. 173-195.

²²⁵ Liborio L. Hierro, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *Derechos ...*, p. 174.

análisis, es una noción formal de los derechos subjetivos, para partir de la estructura de las relaciones triádicas que los conforman, pues de lo contrario, la misma suerte correrían tanto los derechos individuales, civiles y políticos.

No podemos ignorar la dificultad real para la ciencia jurídica de considerar a los derechos sociales como derechos plenos y fundamentales, dada su dificultad justiciable y la codependencia económica y política para su aplicación, sin embargo, al formar parte de una ley fundamental, no es posible diluir su constitución pese a los obstáculos que puedan representar, pues se pone en riesgo el núcleo duro de la norma marco y por consiguiente la libertad y la igualdad los participantes de nuestro sistema jurídico.²²⁶

Por lo tanto, es incuestionable que los sujetos titulares de los derechos sociales fundamentales, si bien no cuentan con la característica de universalidad, se trata de personas físicas, por la naturaleza del ejercicio de los derechos sociales distribuido en términos individuales, prerrogativas que han obtenido reconocimiento institucional en los más variados sistemas políticos, económicos y sociales.

Ahora bien, en relación al segundo elemento estructural de los derechos sociales, los llamados sujetos destinatarios u obligados, y siguiendo congruentemente los razonamientos anteriores, precisaríamos que solamente el Estado puede ser responsable por el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales en sentido estricto, dado que se presentaría una contradicción en cuanto al bien jurídico tutelado de los derechos sociales fundamentales (la igualdad), al otorgarse cargas desiguales a los integrantes de una sociedad, además de la falta de pragmatismo que puede significar, pues solo la organización estatal puede cumplir de forma eficiente con las obligaciones que surgen de esta clase de derechos.

²²⁶ Gregorio Peces, "Reflexiones sobre los derechos sociales", *Derechos sociales...*, 2009, p. 92.

Si bien el Estado se puede considerar como destinatario u obligado de los derechos sociales, en su función interna se presentan diversas formas de reconocimiento jurídico, “el legislador en caso de derechos sociales legales; al constituyente en el caso de los derechos sociales fundamentales; a los Estados y jueces constitucionales o internacionales en el caso de los derechos sociales humanos”.²²⁷

Un problema al que nos enfrentamos para determinar al Estado como único sujeto obligado de los derechos sociales, es identificar si en determinadas actividades particulares que tienen inferencia en la esfera jurídica de otros particulares, se da la connotación de sujetos responsables solidarios de satisfacer dichos derechos sociales junto al Estado, sobre todo cuando dichas prerrogativas se encuentran garantizadas por medio de una norma jurídica, por ejemplo:

...los obligados pueden ser personas particulares –como el empleador en el caso de la salud o la seguridad social– o el Estado. El menor que exige alimentos; él o la joven que busca un cupo de estudio; el trabajador que demanda el pago de su salario o prestaciones sociales; la familia que pretende el reconocimiento de vivienda o salud, tienen como contrapartes obligados bien a familiares, a empleadores o al Estado. Cuando el legislador democrático ha desarrollado dichas garantías es posible obligar por vía administrativa y de la justicia ordinaria el cumplimiento de las respectivas prestaciones.²²⁸

Sin embargo, podemos señalar que dichas obligaciones jurídicas, se presentan como parte de una dinámica de coordinación, derivada de la toma de decisiones de los individuos y la libre elección que el Estado garantiza desde su función negativa al no intervenir en cuestiones propias al desarrollo de la personalidad, elección que no es posible para el Estado, el cual se tiene que ceñir a la normativa de una ley fundamental.

El último elemento de la estructura de los derechos sociales fundamentales es el objeto, el cual deriva de la relación jurídica que se da entre el sujeto titular

²²⁷ Rodolfo Arango, “Derechos sociales”, *Enciclopedia de filosofía...*, p.1692.

²²⁸ *Ibidem*, p.1691.

del derecho y el obligado y consiste en “prestaciones fácticas positivas”,²²⁹ lo que comprende una gran multiplicidad de derechos que pueden ser clasificados en tres grupos: derechos a protección, derechos a organización y procedimiento, y derechos a prestaciones en sentido estricto.²³⁰

Los derechos a protección son aquellos que posee el titular del derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros,²³¹ si bien dicha acción es positiva, dado que el Estado debe hacer funcionar el esquema de seguridad y proporcionar el contenido mínimo de derecho natural,²³² la protección no sólo va dirigida a resguardar la vida o la salud, sino todo lo susceptible a ser vulnerado como la propiedad, la dignidad, la familia y la libertad.

El último elemento de la estructura de los derechos sociales fundamentales es el objeto, el cual deriva de la relación jurídica que se da entre el sujeto titular del derecho y el obligado, y consiste en “prestaciones fácticas positivas”,²³³ lo que comprende una gran multiplicidad de derechos que pueden ser clasificados en tres grupos: derechos a protección, derechos a organización y procedimiento, y derechos a prestaciones en sentido estricto.²³⁴

Los derechos a organización y procedimiento, pueden clasificarse en cuatro grupos: inicialmente se encuentra el grupo de las de competencias de derecho privado, los cuales representan prerrogativas frente al propio Estado, lo cual deriva en la formulación por parte del propio Estado de preceptos que, a su vez, son

²²⁹ *Ibidem*, p.1692.

²³⁰ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 430.

²³¹ *Ibidem*, p. 435.

²³² H.L.A. Hart, *El concepto del derecho...*, p. 239.

²³³ *Ibidem*, p.1692.

²³⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 430.

constitutivos para determinar ejercicios de acción positiva, pero entorno a la esfera del derecho privado, como los contratos de propiedad y el matrimonio.²³⁵

El segundo grupo está constituido por procedimientos judiciales y administrativos, los cuales en esencia son considerados como “derechos a una protección jurídica efectiva”,²³⁶ dada su naturaleza de procedimientos en sentido estricto.

Por su parte, el grupo de organización en sentido estricto, está dirigido a “exigencias iusfundamentales a materias jurídicas tales como el derecho universitario, el derecho de radiodifusión y el derecho de cogestión”.²³⁷ La tónica o lugar común de este tipo de organización es la sistematización de las relaciones de cooperación de múltiples individuos que está dirigida a fines muy determinados.

El cuarto y último grupo en el que se dividen los derechos a organización y procedimiento, denominado de formación de la voluntad estatal está dirigido a derechos frente al Estado, traducidos a procedimientos que permitan la participación de los individuos en la formación de la voluntad estatal, como el derecho al voto.²³⁸

Finalmente, los derechos a prestaciones en sentido estricto, se refieren a prerrogativas en las que se puede identificar el derecho a la salud, dado que se trata de derechos del individuo frente al Estado, pero que dicha relación depende preponderantemente de acciones positivas por parte del Estado. Entre ellos también se encuentran el derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, lo que indica su directriz como derechos a prestaciones en sentido estricto.²³⁹

²³⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 468.

²³⁶ *Ibidem*, p. 472.

²³⁷ *Ibidem*, p. 474.

²³⁸ *Ibidem*, p. 481.

²³⁹ *Idem*.

La salud como derecho social, ha ocupado un lugar muy importante en el derecho internacional, pues ha sido parte fundamental del derecho del trabajo y la seguridad social, incluso, como ya se precisó en el capítulo anterior, el derecho a la salud se encuentra inscrito en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ahora bien, tal como lo señalamos en el primer capítulo de esta tesis, en el que consideramos como la definición de salud más idónea para nuestra investigación, el elaborado por la Organización Mundial de la Salud, que la define como aquel “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”,²⁴⁰ podemos apreciar una íntima relación que guarda el derecho a la salud con “una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana”,²⁴¹ lo que se traduce en la correlación entre el derecho a la salud y otros derechos sociales.

Así, tal como se señala en la observación general número 14, realizada en el año 2000, por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, el derecho a la salud se encuentra vinculado con otros derechos de índole social, como el derecho “a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación”.²⁴²

²⁴⁰ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, <https://www.who.int/about/mission/es/>, consultada el 20 de noviembre de 2020 dos mil veinte.

²⁴¹ Consejo Económico y Social de la Organización Mundial de las Naciones Unidas, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, Observación general N° 14 (2000). <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcc492,0.html>, consultada el 22 de noviembre de 2020.

²⁴² *Idem*.

De ahí que, ese vínculo contingente de la salud con otros derechos, así como su estructura conformada de distintos elementos, hacen del derecho a la salud un derecho social complejo, que no está identificado sólo como un derecho de acción positiva, pero tampoco un derecho obligaciones negativas por parte del Estado.

Si bien, las acciones negativas del Estado, tutelan en mayor medida la libertad, protegiéndola frente a intervenciones del poder público, las acciones positivas traducidas casi siempre en derechos sociales, entre ellos el derecho a la salud, tienen en la igualdad su objetivo y principio más claro.

El derecho a la salud y su protección, sin lugar a dudas están vinculados a las condiciones de vida de los individuos, siendo instrumentos en mayor medida para hacer frente a las situaciones laborales, sobre todo para atender las circunstancias en las que los trabajadores estén en el supuesto de no poder realizar su trabajo por cuestiones relacionadas a problemas físicos.

Hacer referencia a las condiciones de vida de los individuos que condicionan en gran medida la salud de éstos, trae consigo temas como la igualdad, la desigualdad y el impacto social de ambas. Hablar de la igualdad como un principio rector de un sistema jurídico, o por lo menos de una norma como el derecho a la salud no es tema sencillo, pues ha sido materia de discusiones sumamente complejas.

Pudiese pensarse que la desigualdad es vista de forma general como una deficiencia susceptible de ser erradicada, sin embargo existen posturas que a menudo suponen que la desigualdad genera incentivos dinámicos en mercados competitivos, y otros que opinan que la desigualdad afecta el crecimiento económico que, sostienen, es el cimiento del progreso social.²⁴³

²⁴³ Tim Anderson, “¿Por qué importa la desigualdad? Del economicismo a la integridad social”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, nueva época, año LX, núm. 223, 2015, pp. 191-208.

Suponer que la desigualdad menoscaba la justicia social, y socava los principios de una sociedad funcional, no debe estar fundamentado exclusivamente en argumentos axiológicos, sino que es necesario argumentar desde el ámbito económico, conocer las implicaciones del impacto que tiene la pobreza dinámica y el desarrollo humano, y profundizar sobre la integridad social.²⁴⁴

Algunos argumentos económicos, suponen que “la pobreza importa, pero la desigualdad no”,²⁴⁵ proposición que identifica a la pobreza como un problema social que inhabilita, mientras que la desigualdad da lugar a incentivos para participar en la sociedad mercantil y generar competencia.

Es necesario precisar que, en sociedades con mayor desigualdad económica, como en Latinoamérica existe una enorme movilidad de posición social, por la susceptibilidad de los elementos sociales que dejan a mucha de la población en un punto previo de caída a la pobreza.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, considera los ingresos de las personas para determinar la pobreza,²⁴⁶ sin embargo, también se deberían considerar las desigualdades en cuanto a salud, educación y oportunidades de participación social y política, dado que son muy evidentes las relaciones entre la desigualdad y la pobreza.

La desigualdad en las sociedades no solo se presenta desde el aspecto económico, sino desde los ámbitos jurídico y social, que determinan una grave realidad que socava la dinámica central de la autodeterminación y desarrollo individual y social, impidiendo la universalidad de los sistemas sociales de salud y de educación.

²⁴⁴ *Idem.*

²⁴⁵ *Idem.*

²⁴⁶ Asamblea de la Organización Mundial de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/poverty/index.html>, consultada el 18 de noviembre de 2020.

En relación a la salud, la igualdad aún con su contexto filosófico jurídico abstracto, debe aterrizar en políticas públicas, ya sea orientadas a recursos o a resultados,²⁴⁷ aunque pareciera que aspirar a la igualdad en cuanto a oportunidades pudiese dar respuesta a ambas directrices.

De ahí que, la igualdad en oportunidades se traduce en la posibilidad de que todos los ciudadanos gocen de un nivel mínimo de salud, o bien, a ser garantizada por el Estado mediante la destinación de los recursos correspondientes para asegurarla, destinando un gasto mínimo.

Esa doble dinámica denominada como salud mínima y gasto mínimo,²⁴⁸ correspondientemente, no puede coexistir, dado que un gasto mínimo no siempre es óptimo para garantizar un mínimo de salud, además de que la destinación de un gasto mínimo en relación al presupuesto de un Estado, está dirigido en mayor medida de un derecho a la asistencia sanitaria y no así al derecho a la salud en su sentido más amplio.

Por otra parte, atendiendo a los alcances del derecho a la salud o cualquier otro derecho de naturaleza social, es necesario precisar que no es posible considerarlos como derechos universales, dada la naturaleza activa por parte del Estado, la cual depende, entre muchos factores, de recursos limitados, por lo que muchos Estados han optado por considerar a la salud como un derecho prestacional o subsidiario, que solo impulsa la intervención del Estado, cuando el individuo está imposibilitado para obtener los servicios correspondientes de otros particulares:

Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría

²⁴⁷ Carlos Lema Añón, *Salud, Justicia, Derechos...*, p. 166

²⁴⁸ L. Grosman, *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires, Librería, 2008, p.103

obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.²⁴⁹

Entonces, considerando a los derechos sociales como derechos de “algunas personas”,²⁵⁰ y advirtiendo lo cuestionable que es la idea de universalidad de los derechos fundamentales, de los derechos humanos y con mayor razón de los derechos fundamentales de naturaleza social, como ya se indicó en el primer capítulo de la presente tesis, debemos indicar que es imposible por parte del Estado garantizar de forma plena dichas prerrogativas, pues la salud de los individuos no depende exclusivamente de acciones por parte del Estado.

Sin que obsten las consideraciones relacionadas con la imposibilidad de considerar la universalidad de los derechos fundamentales, humanos o sociales, y matizando el alcance de los derechos sociales, en este caso, en relación al derecho de salud respecto a sus titulares, podemos decir que, dicha prerrogativa va de acuerdo a las situaciones específicas de cada individuo, y por tanto, sólo pueden ser titulares aquellos que se encuentren en las circunstancias idóneas para ser susceptibles a gozar de las prestaciones mediante las cuales se substancie el derecho.

3.2. La teoría de las generaciones de los derechos humanos y su influencia en el sistema jurídico mexicano

Hablar de la teoría de las generaciones de los derechos humanos, es referirse a una teoría relativamente reciente, derivada de los encendidos debates que en materia de derechos humanos tuvieron lugar entre los Estados miembros de las Naciones Unidas, motivados principalmente por los numerosos cambios económicos, políticos y sociales que se presentaron tras el fin de la Segunda Guerra Mundial.

²⁴⁹ Carlos Lema Añón, *Salud, Justicia, Derechos...*, p. 172.

²⁵⁰ *Idem*.

Así, tras las experiencias bélicas y sociales de la primera mitad del siglo XX, la sociedad demandaba nuevos rectores en los aspectos jurídicos, económicos y políticos, lo que implicaba un esfuerzo por homogenizar internacionalmente la teoría jurídica relativa a los derechos humanos.

Es así que, la teoría de las generaciones de los derechos humanos se presentó en principio, como un argumento de justificación para considerar como derechos humanos incluidos en el catálogo positivo del derecho internacional al libre desarrollo de la personalidad, el medio ambiente, la paz, el patrimonio común de la humanidad y la libre determinación de los pueblos indígenas, y que dichos aspectos no fueran considerados más como meros derechos subjetivos.

Así, con la teoría de las generaciones de los derechos humanos, se pretendió evidenciar la necesidad de expandir el catálogo de los derechos en diversas declaraciones, convenciones y tratados internacionales, tratando de demostrar que dicha ampliación en sus esquemas normativos no era una medida unilateral y arbitraria, sino una necesidad real y teóricamente válida.

Si bien, como ya señalamos anteriormente el afianzamiento teórico y práctico de los derechos económicos, sociales y culturales a mediados del siglo XX fue una realidad tangible, con la tesis expuesta por Karel Vasak en 1977,²⁵¹ se sentaron las bases teóricas para considerarlos dentro de la denominada teoría de las generaciones de los derechos humanos.

Según Karel Vasak, los derechos humanos se habían clasificado hasta entonces, atendiendo su enunciación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en dos grupos principales, por un lado, se encuentran los derechos civiles y políticos, y por otro, los derechos económicos, sociales y culturales; sin

²⁵¹ Karel Vasak, "La larga lucha por los derechos humanos", en *El correo de la UNESCO*, noviembre de 1977, pp. 29-32.

embargo, para Vasak existía la necesidad de considerar otra categoría, que denominó derechos de tercera generación o derechos de solidaridad.²⁵²

En la décima sesión de enseñanza del Instituto Internacional de los Derechos Humanos de 1979,²⁵³ con sede en Estrasburgo, Karel Vasak, haciendo referencia a la frase utilizada como emblema en la Revolución Francesa: Libertad, Igualdad y Fraternidad, relacionó a los derechos civiles y políticos con la libertad, a los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la igualdad, y finalmente propuso una tercera generación de los derechos humanos relacionada con la fraternidad denominada derechos de solidaridad; la teoría de las generaciones de los derechos humanos implicaría el reconocimiento internacional de los derechos humanos a nivel estatal.

La teoría de Vasak centra su análisis de forma esquemática, en primer término, a partir de la historicidad, extrapolando eventos históricos relacionados con la lucha por los derechos humanos desde la esfera legislativa nacional, hasta el ámbito internacional, “admite, implícitamente, que la noción de derecho humano puede extenderse sin límites preconcebidos”.²⁵⁴

Podemos decir entonces que, la clasificación ilimitada de generaciones de los derechos humanos propuesta por Vasak no descansa ni finaliza con la tercera generación o derechos de solidaridad, sino que “refleja el orden temporal sucesivo (de ahí lo generacional) del reconocimiento internacional de los Derechos Humanos a nivel estatal, identificando tres generaciones que marchan de lo

²⁵² *Idem.*

²⁵³ Karel Vasak, “Las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo como derecho humano en relación con los otros derechos humanos basados en la cooperación internacional, incluido el derecho a la paz, teniendo en cuenta las exigencias del Nuevo Orden Económico Internacional y las necesidades humanas fundamentales”, en *Informe del Secretario General*, E/CN.4/1334, de diciembre de 1979, p. 39.

²⁵⁴ Eduardo Rabossi “Las generaciones de derechos humanos; la teoría y el cliché”, en *Lecciones y ensayos*, n.º 69-71, 1997-98, pp. 41-52.

individualista a lo solidario”,²⁵⁵ pero que puede llegar expandirse a más derechos humanos que se reconozcan a futuro.

Es necesario hacer énfasis en que, Karel Vasak al presentar su teoría generacional de los derechos humanos, es decir, en noviembre de 1977 fungía como director de la División de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y La Cultura (UNESCO), de ahí que, al presentar su artículo en el UNESCO Courier, indicaba de forma indirecta una postura teórica en la que se basaría la legislación internacional relacionada con los derechos humanos, misma que servía de soporte para la creación y adición de normativas que permitirían, como ya dijimos, agregar nuevos derechos al catálogo jurídico internacional.

Dicha postura teórica, a su vez ha influido de forma directa en la legislación interior de los Estados miembros de Organización de las Naciones Unidas, entre ellas México, que, a raíz de la aparición de los nuevos derechos humanos, ha procurado responder a las exigencias planteadas por la propia sociedad mexicana y la comunidad internacional.

Si bien la teoría de generaciones de los derechos humanos, iba dirigida principalmente a los países denominados en vías de desarrollo, llamados así por el “proceso descolonizador de los años 60”,²⁵⁶ los problemas de dichos países no distan de los conflictos y carencias de países como México, que si bien, no ha aparecido de forma reciente en la escena internacional como una nueva nación, su desarrollo económico no ha permitido un estado homogéneo alto respecto al nivel de vida de su población.²⁵⁷

²⁵⁵ Roberto González, "Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación", en *San Antonio de Abad*, Perú, 2008, pp.1-6.

²⁵⁶ Felipe Gómez, *El derecho al desarrollo: entre la justicia y la solidaridad*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, p. 13.

²⁵⁷ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, la Organización Mundial del Comercio, 1947, artículo XVIII, apartado 1, consultado el 27 de diciembre de 2020 dos mil veinte, texto que hace referencia a los países “cuya economía sólo puede ofrecer a la población un bajo nivel de vida y que se halla en las primeras fases de su desarrollo”.

Una vez identificados los aspectos que dieron origen a la teoría de generaciones de los derechos humanos, y en que consiste esencialmente dicha postura, es necesario realizar un análisis meticuloso al respecto, a fin de precisar sus aciertos y deficiencias.

El primer problema con el que nos enfrentamos al analizar la teoría de generaciones, es que no está del todo claro si la clasificación teórica de derechos humanos establecidos como de primera, segunda, tercera o cuarta generación, indica un origen o un orden jerárquico numérico asignado desde la importancia de las prerrogativas “invoca, casi de forma inconsciente, una jerarquización entre ellos, lo que lleva inevitablemente a una separación o fractura entre estos”.²⁵⁸

Ahora bien, la teoría de generaciones de los derechos humanos encuentra uno de sus sustentos primordiales en una “supuesta naturaleza diferenciada de los derechos”,²⁵⁹ la cual se debe a una percepción historicista errónea que supone la aparición de los derechos humanos desde una base consecutiva, esto es, que se pretende desde narraciones que facilitan entender los derechos humanos, aunque de forma mutilada y sin atender la complejidad los sucesos históricos reales a los que se debe su origen.

Dicha “concepción segmentada”²⁶⁰ de los derechos humanos promovida por juicios historicistas, deriva en la fragmentación de los derechos humanos, como si los derechos económicos, sociales y culturales, fueran de naturaleza distinta a los derechos de tercera generación o a los derechos civiles y políticos, y por tanto, los

²⁵⁸ Ignacio Torres Justiniani, “De generaciones a escuelas: una nueva forma de concebir los derechos humanos”, en *Hojas y Hablas* No. 16, julio-diciembre de 2018. ISSN en línea 2539-337, pp. 97-112.

²⁵⁹ Rodrigo Gutiérrez, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en México en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, en *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, pp.41-46.

²⁶⁰ Ignacio Torres Justiniani, “De generaciones a escuelas...”, pp. 97-112.

últimos si sean susceptibles de reclamarse judicialmente, mientras los dos primeros no.

Peor aún resulta que, para exigir la materialización de los derechos de segunda y tercera generación, según la teoría de las generaciones de los derechos humanos, son necesarios los esfuerzos tanto de la población como de los Estados, lo que implica una fácil excusa por parte de los Estados para sostener que su cumplimiento depende de medidas presupuestarias y el compromiso de la población.

Otro gran inconveniente de la teoría de las generaciones de los derechos humanos, resulta de sus fundamentos emblemáticos, pues cuando Vasak se refiere, entre otros momentos históricos a la frase simbólica de la revolución francesa: libertad, igualdad y fraternidad, para clasificar las generaciones de derechos humanos, no consideró las implicaciones excluyentes y clasistas de la época y del movimiento revolucionario francés, mismo que excluía a las mujeres y a hombres esclavos.

No considerar el sesgo histórico, axiológico y positivo entre realidades jurídicas, deriva en una asociación simplista o un “reduccionismo histórico”,²⁶¹ de ahí lo erróneo de la percepción historicista de la teoría de las generaciones de los derechos humanos, que supone la aparición de los derechos humanos desde una base consecutiva y resta importancia al proceso de lucha de ciertos sectores sociales para hacer valer sus derechos, procesos que duraron amplios periodos históricos.

Otro problema que presenta la teoría de las generaciones de los derechos humanos, pero que no es exclusivo de dicha teoría, es la percepción de universalidad de los derechos humanos. Pues entender a los derechos humanos como prerrogativas universales, atendiendo al origen de los derechos civiles y

²⁶¹ *Idem.*

políticos, así como los económicos, sociales y culturales, como ya lo explicamos anteriormente, no fueron, ni son homogéneos con respecto a su aplicación dentro de la población de los Estados que los adoptaron en su norma marco, ni mucho menos universales desde el punto de vista internacional.

Si bien, la universalidad de los derechos humanos se contempla desde un aspecto teórico respecto a lo que debería ser, la aplicación de la universalidad a partir de la clasificación de las generaciones de los derechos humanos, como un criterio teórico mediante el cual, los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, deben fijar sus directrices, se presenta como vacío y poco aplicable, pues los derechos humanos “adquieren su “poder” del campo de fuerza del Estado, de sus fronteras, de su territorio, sin él, se desfiguran en reclamos enérgicos y en buenas intenciones”.²⁶²

La teoría de las generaciones de los derechos humanos acepta sin un análisis profundo y casi de forma dogmática, la idea de que el Estado requiere de obligaciones negativas en relación con los derechos humanos civiles y políticos, en tanto, que los derechos económicos, sociales y culturales si se requieren acciones positivas, siempre previo a ser exigidos, dejado a los derechos humanos de tercera generación un amplio margen de acción por parte del Estado, en tanto que podían ser de naturaleza negativa o positiva.

En México, durante todo el siglo pasado e incluso en algunos casos en la actualidad, los derechos a la salud, a la vivienda, al agua, a la alimentación, entre otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, salvo al derecho al trabajo y al reparto agrario, no tenían ningún tipo de protección jurisdiccional, al ser considerados “como derechos programáticos de los que se desprendían obligaciones de hacer, económicamente costosas y por ello imposible de ser reclamados ante tribunales”.²⁶³

²⁶² *Idem.*

²⁶³ Rodrigo Gutiérrez, “*La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en México...*”, pp. 41-46.

Es necesario recordar que, en México si existían derechos sociales desde 1917, pues la propia Constitución establecía el derecho a la educación, a la protección de la salud, a la tierra y al trabajo, entre otros. Sin embargo, derivado del sistema hiperpresidencialista que imperó en México durante el siglo XX, mismo que controlaba indirectamente a los poderes legislativo y judicial, resultaba en que la Constitución fuera utilizada como un símbolo, pero carecía de sentido pragmático idóneo para fungir como Ley Fundamental, “Nuestra ley carece de válvulas de escape para destensar las presiones del combate político”.²⁶⁴

Finalmente, el problema con mayor importancia respecto a la teoría de las generaciones de los derechos humanos, en relación a nuestro tema, es lo relativo a la clasificación del derecho a la salud, pues se podría entender que es un derecho de segunda generación al entenderlo como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, esto, dado que los sujetos que interactúan dentro de la dinámica jurídica relativa a la salud, están vinculados a las pretensiones jurídicas dirigidas al objeto.

Así, los sujetos titulares del derecho a la salud como personas físicas, “en razón de que su ejercicio es distribuible en términos individuales”,²⁶⁵ son sujetos de derechos sociales como derechos plenos y fundamentales, sin embargo, se advierte la dificultad justiciable y la codependencia económica y política para su aplicación, pues aunque dicha prerrogativa forme parte de una norma marco que infiere para sí el principio de igualdad, del que son susceptibles los participantes del sistema jurídico del Estado,²⁶⁶ sin las condiciones sociales y económicas correctas es imposible su materialización.

²⁶⁴ Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta/Joaquín Mortiz, 1999, p. 60.

²⁶⁵ Federico de Fazio, “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales” en *Revista Derecho...*, pp. 173-195.

²⁶⁶ Gregorio Peces, “Reflexiones sobre los derechos sociales”, *Derechos sociales...*, 2009, p. 92.

Ahora bien, como sujetos destinatarios u obligados del derecho a la salud, encontraríamos al Estado, como único ente susceptible de responsabilidad en sentido estricto, pues como ya se dijo anteriormente, otorgar a un sujeto particular cargas de obligaciones estatales, presentaría una contradicción en cuanto al bien jurídico tutelado de los derechos sociales fundamentales (la igualdad), al otorgarse cargas desiguales a los integrantes de una sociedad.

En cuanto a la salud como objeto que deriva de la relación jurídica que se da entre el sujeto titular del derecho, en este caso una persona física, y el Estado como sujeto obligado a proteger una prestación fáctica, se debe establecer con claridad, a que clasificación corresponde dentro de la multiplicidad de prerrogativas, esto es, si es susceptible de ser categorizado como parte de los derechos a protección, derechos a organización y procedimiento, o derechos a prestaciones en sentido estricto.²⁶⁷

La salud, como un derecho complejo puede clasificarse como parte de los derechos a protección, dado que el titular de dicho derecho fundamental puede exigir al Estado su protección respecto a intervenciones de terceros,²⁶⁸ generando una acción positiva por parte del Estado, mismo que debe generar los mecanismos necesarios para establecer esquemas de seguridad y garantizar al titular la conservación de su salud.

Ahora bien, la complejidad para clasificar al derecho a la salud, consiste en gran medida, en que no sólo es susceptible de clasificarse como un derecho de protección, pues también podría ser parte de los llamados derechos a organización y procedimiento, al exigir del Estado la protección de dicho derecho fundamental “en las relaciones jurídico-prestacionales que la administración

²⁶⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 430.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 435.

pública entabla con el ciudadano, destinatario de la prestación, en el actual Estado social y democrático de derecho”.²⁶⁹

Finalmente, la salud también puede clasificarse como parte de los derechos a prestaciones en sentido estricto, pues debe considerarse un derecho del individuo frente al Estado, el cual deriva de una relación dependiente preponderantemente de acciones positivas por parte del Estado.²⁷⁰

Si seguimos la coherencia de nuestro análisis, podemos inferir que, si consideráramos catalogar el derecho a la salud atendiendo a la teoría de las generaciones de los derechos humanos, podríamos clasificarla como parte de los derechos de segunda generación, o dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, dada la ambigüedad e inexactitud de dicha teoría, podríamos encontrar algunos rasgos del derecho a la salud, dentro de las características que conforman a los derechos de tercera generación.

Así, los derechos de tercera generación, señalan como sujetos obligados a la población y no solamente al Estado, como los podemos ver en los ejemplos de la contaminación, la revolución tecnológica, la posibilidad de prolongar artificialmente la vida, incluso al derecho a la seguridad social, entre otros.

Los alcances jurídicos y prácticos actuales del derecho a la protección de la salud consagrado en nuestra ley fundamental, parecen coincidir con un derecho de tercera generación, pues está enfocado principalmente en un contenido concreto protegido por parte del Estado pero también entendido como una obligación del individuo, es decir, es considerado un derecho solidario, progresivo de acuerdo al desarrollo y recursos disponibles destinados para la satisfacción del

²⁶⁹ Miluska Orbegoso, “La teoría alemana de la organización y el procedimiento. Una clave para entender la protección de los derechos fundamentales en el estado social”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, nueva serie, año LI, número 154, enero-abril de 2019, pp. 199-219.

²⁷⁰ Federico de Fazio, “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales” en *Revista Derecho...*, pp. 173-195.

mismo, lo que es conveniente en la participación por parte del Estado, pero limitativo de muy diversas formas respecto a las prerrogativas que forman el derecho a la salud del individuo y sobre todo, contradictorio con los tratados internacionales que analizamos previamente.

3.3. El derecho a la protección de la salud como derecho social o solidario y sus alcances

Hasta ahora hemos analizado las bases teóricas de los denominados derechos sociales y los derechos solidarios, sin embargo, debemos analizar en cual de los dos tipos de derechos debe encuadrarse el derecho a la salud para lograr los efectos jurídicos que exige el derecho internacional.

Inicialmente, como ya se precisó, la Constitución Mexicana de 1917, ha sido considerada un hito en relación a los derechos sociales, al ser la primera ley fundamental que determinó la protección a la salud como un derecho fundamental, prerrogativa que estaba dirigida a una época y circunstancias históricas precisas, respondiendo a una lucha social que reflejaba un proceso, no solo en México, sino a nivel internacional por parte de la clase trabajadora, por tanto, dicho precepto, estaba dirigido a atender prestaciones de seguridad social de la clase trabajadora, sin contemplarse la teoría del bienestar en materia de salud, ni mucho menos su cobertura universal.

Es evidente que la realidad social, cultural y jurídica actual, dista mucho de aquella que se vivía en 1917, y así, los derechos fundamentales de la ley fundamental positivamente válidos, deben distinguirse de aquellos que han tenido vigencia en el pasado, a fin de crear y mantener las condiciones elementales para asegurar la salud como prerrogativa.²⁷¹

²⁷¹ Los derechos fundamentales en la Constitución de 1917: introducción general, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1408/4.pdf>, consultada el 24 de enero de 2021, dos mil veintiuno.

Es complejo determinar lo que el poder constituyente originario pretendía al consagrar el derecho a la protección de la salud, pero sin duda, para tener una comprensión acertada de cuestiones jurídicas y políticas constitucionales de cada época, es necesario adquirir una conciencia histórica y una configuración teórica de la Constitución, pues es necesario entender los ordenamientos jurídicos a través de la realidad vital de una comunidad política.²⁷²

El derecho a la protección de la salud, consagrado en 1917, como norma de la ley fundamental de México, tiene una clara tendencia social, sin embargo, dicha tendencia, no atendía aun las circunstancias que aquejaron al mundo a mediados del siglo XX, un siglo golpeado por las grandes guerras e influido directamente por las teorías utilitaristas, las cuales proponen que el bienestar social depende directa y únicamente de los niveles de satisfacción e insatisfacción de los individuos, calculando el equilibrio mayor de satisfacción, sin importar sobre qué son los deseos, sino únicamente cómo su satisfacción afectaría el nivel de bienestar, primero de los individuos y luego de la sociedad como una suma de la satisfacción de los individuos.²⁷³

Al respecto, Rawls elaboró una teoría liberal que estaba dirigida a sostener los principios de igualdad, libertad y certeza jurídica, a través del derecho igual de cada persona al más extenso sistema total de libertades básicas, sistema que era compatible con la idea de libertad para todos y la reestructura de las desigualdades económicas y sociales, lo que pretendía el mayor beneficio de los menos aventajados de acuerdo con un principio de ahorro justo, haciendo una redistribución para la igualdad en oportunidades.²⁷⁴

²⁷² Konrad Hesse, "Constitución y Derecho Constitucional", en *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996, p. 67.

²⁷³ Diana Hoyos Gómez, "Elementos para una teoría de la justicia: una comparación entre John Rawls y Amartya Sen", en *Desafíos*, vol. 18, enero-junio, Bogotá, 2008, pp. 156-181.

²⁷⁴ Montserrat Salomón, "Algunos límites al primer principio de la justicia en la "teoría de la justicia" de j. Rawls" en *Revista de Filosofía Open Insight*, vol. II, núm. 2, julio, Querétaro, Centro de Investigación Social Avanzada, 2011, p. 85.

Definitivamente, la teoría liberal es cuestionada al momento de ser contrastada en los casos límite de la pobreza y la discapacidad, pues una propuesta de justicia distributiva, evidencia las disparidades que se dan sobre todo de los grupos sociales con mayor vulnerabilidad.

La idea de un Estado en donde todas sus instituciones y grupos sociales estén regulados de forma justa, está basada en el principio de igualdad entre las personas, dejando en segundo término la ratificación de las libertades, de ahí que, cuando se determina el derecho de protección a la salud desde un enfoque social, o desde la acción positiva como interferencia del Estado, se dificulta aspirar al ejercicio pleno de las libertades y a la capacidad efectiva para ejercerlas.

Es necesario entender que, tanto la libertad negativa, que se refiere al espacio que ha de reservarse para la operación de individuos ajenos a cualquier interferencia; y la libertad positiva como a la autodeterminación para algo,²⁷⁵ lejos de estar determinadas exclusivamente por el marco jurídico de un Estado, dependen en gran medida de las condiciones socioeconómicas que limitan la libertad, por lo que, paradójicamente se necesitan restricciones a las libertades, para asegurar la igualdad entre los ciudadanos.

Con esto no queremos decir que el principio de igualdad propuesto por Rawls se centre en la paridad de recursos, sino que está dirigida a la necesidad de fomentar la igualdad de oportunidades, lo que, en materia de salud, significa la universalidad de dicha prerrogativa, pues es sumamente importante, compensar los efectos de desigualdades arbitrarias que comprenden factores de nacimiento y dotes naturales, como desigualdades inmerecidas.²⁷⁶

Por otro lado, el término del derecho solidario nos evoca a su origen axiológico tendiente a legitimar un sistema jurídico positivo con la idea de

²⁷⁵ Diana Hoyos Gómez, "Elementos para una teoría de la justicia...", pp. 156-181.

²⁷⁶ *Idem*.

fraternidad;²⁷⁷ sin embargo, la obligación solidaria expansiva del individuo en actividades que son parte del Estado, pone en tela de juicio la analogía conceptual entre solidaridad en los asuntos del Estado y la fraternidad entre individuos que coinciden en sus relaciones de coordinación.

La solidaridad y su sistematización jurídico-conceptual, tiene su momento más álgido a finales del siglo XIX en Francia, cuya noción novedosa pretendía dar respuesta a los problemas sociales de la época, derivados de los avances industriales y democráticos.²⁷⁸

El derecho a la salud y el término solidaridad han sido relacionados bajo el común denominador del sistema de seguridad social, y se ha justificado teóricamente la naturaleza solidaria del derecho a la salud, bajo el argumento de que la nación debe responder ante los factores de afección general, por ser aspectos de conciencia social.²⁷⁹

Aceptar el derecho a la salud como un derecho solidario, limita dicha prerrogativa a meras prestaciones asistencialistas derivadas de la seguridad social, dejando “en manos de “la Nación” o “la colectividad”, y no del Estado, lo que se expresaba por el papel de los “actores sociales” en su administración, e incluso en un modo de financiamiento”,²⁸⁰ lo que evidentemente se contrapone con la naturaleza del derecho a la salud en su amplio sentido, limitándolo solo a su aspecto prestacional.

²⁷⁷ El origen axiológico del término de solidaridad y su relación con el derecho positivo se presenta desde que los jurisconsultos romanos se referían a la obligación que nacía entre los distintos deudores de un todo. En la actualidad Karel Vasak relacionó los derechos de tercera generación o de solidaridad con el ideal de la revolución francesa de la fraternidad.

²⁷⁸ Carlos Miguel Herrera, “El concepto de solidaridad y sus problemas político-constitucionales. Una perspectiva iusfilosófica”, en *Revista de Estudios Sociales*, mayo 2013, pp. 63-73.

²⁷⁹ José Luis Monereo, “PIERRE LAROQUE (1907-1997): “El padre” de la Seguridad Social en Francia dentro de un proceso de transformación democrática de la sociedad”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum nº 17, pp. 315-325.

²⁸⁰ Carlos Miguel Herrera, “El concepto de solidaridad y sus problemas político-constitucionales. Una perspectiva iusfilosófica”, en *Revista de Estudios Sociales*, mayo 2013, pp. 63-73.

Entonces, no es factible considerar a la salud sólo como un derecho solidario, pues su cumplimiento progresivo va de acuerdo al desarrollo y recursos disponibles destinados para la satisfacción del mismo, así como la participación de los individuos, lo que es conveniente para las actividades por parte del Estado, pero limitativo de muy diversas formas respecto a las prerrogativas que forman el derecho a la salud del individuo y sobre todo, contradictorio con los tratados internacionales que analizamos previamente.

CAPÍTULO IV. La reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos y su influencia en el derecho a la salud

La reforma más importante en materia de derechos humanos que se ha efectuado en la Constitución mexicana desde 1917, ha sido la de 10 de junio de 2011, misma que derivó de la resolución emitida el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el asunto relacionado con la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, en la que se condenó al Estado mexicano a tomar medidas relacionadas con derechos humanos.

Para entender la magnitud de la reforma constitucional de 2011 y su impacto en los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de México, es preciso indicar en primer lugar, los hechos históricos y los aspectos jurídicos que viabilizaron dicha reforma, y en segundo término, identificar los alcances jurídicos que de dicha reforma emanaron.

4.1. La reforma constitucional de 2011 y sus efectos en el derecho fundamental de protección a la salud

Como narrativa del aspecto histórico que dio lugar a la reforma de 2011, es preciso indicar que el 25 de agosto de 1974, se realizó la detención ilegal en un retén militar del señor Rosendo Radilla Pacheco, quien fue trasladado por militares al Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, Guerrero, donde se vio por última vez.

Tras la ilegal detención y la posterior desaparición forzada de Radilla Pacheco, su familia denunció ante las instancias legales correspondientes dichas circunstancias. Las denuncias de la desaparición forzada del Señor Pacheco ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, derivaron en el Informe Especial publicado en el año 2001 conjuntamente con la recomendación 26/2001, hecha por la CNDH al titular del Ejecutivo Federal para “girar sus instrucciones al

Procurador General de la República, a efecto de que éste designe un fiscal especial, con el fin de que se haga cargo de la investigación y persecución, en su caso, de los delitos que puedan desprenderse de los hechos a que se refiere la Recomendación”.²⁸¹

Una vez formada la investigación derivada de la denuncia de los crímenes perpetrados al señor Radilla Pacheco, en agosto de 2005, la Fiscalía Especial consignó el caso por los delitos de privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro al juez civil; sin embargo, el juez del fuero común que conoció de dicho asunto declinó su competencia a fin de ser resuelto el asunto por la justicia militar.

Inconforme condicha determinación, la familia del Señor Radilla Pacheco promovió un juicio de amparo contra la resolución en la que se declaró incompetente el juez del fuero común, amparo que se desechó bajo el argumento de que las víctimas no pueden recurrir al amparo para impugnar la competencia de los tribunales militares.

Finalmente, la causa penal de jurisdicción militar en contra del militar inculcado por la desaparición forzada de Radilla Pacheco se sobreseyó, dada la muerte del procesado, y, aún tras la recomendación realizada por la CNDH²⁸² y las denuncias hechas ante la Fiscalía Especializada, la investigación a los crímenes denunciados fue cerrada el 30 de noviembre de 2006.

Ante la negativa jurídica por parte del Estado mexicano, la parte afectada elevó el asunto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 15 de noviembre de 2001, misma que emitió el informe de admisibilidad bajo el número 65/05 y fue admitido en sesión celebrada el 27 de julio de 2007, durante el

²⁸¹ Recomendación 26/2001 efectuada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, file:///C:/Users/52443/AppData/Local/Temp/REC_2001_026.pdf, consultada el 27 veintisiete de julio de 2021.

²⁸² Comisión Nacional de Derechos Humanos.

128 Periodo Ordinario de Sesiones de la CIDH,²⁸³ de conformidad con el artículo 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, dada la falta de respuesta por parte del Estado mexicano para cumplir con las recomendaciones emitidas por la CNDH, el 15 de marzo de 2008, se presentó ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la demanda respectiva por parte de la CNDH contra el Estado mexicano, por:

“la violación al derecho al reconocimiento de personalidad jurídica (artículo 3), derecho a la vida (artículo 4), derecho a la integridad personal (artículo 5), derecho a la libertad personal (artículo 7), derecho a las garantías judiciales (artículo 8) y derecho a la protección judicial (artículo 25) en conexión con la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1), todos estos derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte los representantes de las víctimas demandaron al Estado mexicano no sólo por los derechos consagrados en la Convención Americana sino también por violaciones a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada”.²⁸⁴

El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó resolución en la que condenó al Estado mexicano por graves violaciones a los derechos a la libertad, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento a la personalidad jurídica de la víctima, así como los derechos a la integridad física y mental, a las garantías judiciales y a la protección judicial de sus familiares, ordenando una serie de medidas para la reparación de las violaciones que dieron lugar a dicha resolución.²⁸⁵

Entre las medidas que la CIDH ordenó al Estado mexicano como reparación del daño en el caso Radilla Pacheco, figuró la obligación de adoptar los medios

²⁸³ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

²⁸⁴ Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra los Estados Unidos Mexicanos, Caso 12.511, Rosendo Radilla Pacheco, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/radilla_pacheco/demanda.pdf, consultada el 29 veintinueve de julio de 2021 dos mil veintiuno.

²⁸⁵ Ficha Técnica: Radilla Pacheco vs el Estado mexicano, https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=360, consultada el 29 veintinueve de julio de 2021 dos mil veintiuno.

legislativos correspondientes para compatibilizar el sistema normativo mexicano con los estándares internacionales de la Convención Interamericana, aspecto que implicó una serie de cambios estructurales en el sistema jurídico de nuestro país.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó resolución dentro del expediente varios 912/2010, asunto en el que se estableció que frente a las sentencias condenatorias emitidas por la Corte Interamericana no se pueden revisar las excepciones y salvedades o interpretaciones hechas por el Estado mexicano, siendo éstas, obligatorias para el Poder Judicial, debiendo ejercer el control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; asimismo, que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana son orientadores para el Poder Judicial de la Federación cuando México no sea parte de los casos en los que se generó dicha jurisprudencia.²⁸⁶

En dicha resolución, además de hacerse pronunciamientos en aspectos relacionados con el fuero militar, se determinó que la Suprema Corte reasumiría su competencia originaria para conocer de los conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la civil para la efectividad del cumplimiento y en aplicación del artículo 1º constitucional.

El control de convencionalidad que determinó la Suprema Corte como facultad de los jueces mexicanos en el ámbito de su competencia en los casos que conocen, no deriva exclusivamente del caso Radilla Pacheco del año 2009, pues antes de la reforma de 2011, el Estado mexicano ya había recibido otras condenas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo fue en el caso Castañeda de 2008, el caso Campo Algodonero de 2009, los

²⁸⁶ Sentencia dictada dentro del expediente Varios 912/2010, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf, consultada el 2 dos de agosto de 2021 dos mil veintiuno.

casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú de 2010, el caso Cabrera García y Montiel Flores de 2010 y el caso García Cruz y Sánchez Silvestre de 2013.²⁸⁷

La reforma al artículo primero de la Constitución de 2011, impulsó la progresividad de los derechos humanos con las expresiones claras del principio pro persona y la reforma en materia de amparo.

El principio pro persona fue reconocido como la directriz que regula la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, favoreciendo y brindando la mayor protección a las personas y a sus derechos humanos. Además, con la ampliación del catálogo de los derechos humanos inscritos en la Constitución, se reconoció aquellos derechos humanos insertos en los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano.

En relación al juicio de amparo, la reforma constitucional de 2011, amplió su procedencia a cualquier norma general que implicase violaciones a los derechos humanos inscritos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

La reforma constitucional de 2011 incorporó a nuestro sistema jurídico los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México forma parte, lo que representa el cambio jurídico conceptual y modelo de denominación de garantías individuales a derechos humanos, tal como se advierte del primer párrafo del artículo primero de nuestra Constitución que a la letra dice:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni

²⁸⁷ Fernando Silva, *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, 2017, p. 903.

suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.²⁸⁸

La reforma de 2011, no se limita a ampliar el catálogo de los derechos humanos, sino que reformó todo un esquema de aspectos conceptuales importantes como el cambio del verbo utilizado para determinar la forma en que se harán efectivas dichas prerrogativas, ya que, actualmente, atendiendo a una orientación positivista ya no se pretenden otorgar los derechos humanos, sino reconocerlos.

Ahora bien, en atención al reconocimiento de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México forma parte, debemos considerar que en el derecho internacional hay tanto normas de aspecto general, como lo es el derecho consuetudinario que es aplicable a toda la comunidad jurídica internacional y normas jurídicas en sentido particular, como lo son los tratados internacionales que solo vinculan a las partes que suscriben, es decir, solo son aplicables solamente a una parte específica de la comunidad.²⁸⁹

El problema con el que nos enfrentamos en relación a las normas de derecho internacional, es la dificultad de delimitar e identificar el momento en que las normas de carácter particular se convierten en normas de carácter general, ya que una costumbre que se consolida a partir de un tratado internacional, deja de considerarse solamente como derecho particular, trayendo consigo los efectos de un derecho general.²⁹⁰

Así, los tribunales internacionales tienen la práctica constante de considerar tanto tratados internacionales como el derecho consuetudinario internacional, de

²⁸⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf, consultada el 4 de agosto de 2021.

²⁸⁹ Tonatiuh García, "La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. Una lectura desde el derecho internacional", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, México vol.48, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto de 2015, pp. 645-696.

²⁹⁰ *Idem*.

forma que las “disposiciones de un tratado pueden ser oponibles a un miembro de la comunidad internacional, aunque no haya suscrito dicho tratado”.²⁹¹

En el caso de nuestro país, podemos considerar que, si bien la reforma de 2011, incorporó los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México forma parte, es decir, considerando exclusivamente al derecho particular internacional, ha dejado de lado el derecho consuetudinario o derecho general internacional, el que es de igual manera importante.

Es necesario precisar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el día 3 de septiembre de 2013, terminó de engrosar la contradicción de tesis 293/2011, suscitada entre los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, criterios relacionados con el posicionamiento de las normas sobre derechos humanos contenidos en tratados internacionales en relación con la Constitución.

Dicha resolución sostuvo la existencia del reconocimiento de derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte; asimismo, la Suprema Corte, haciendo una interpretación de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, determinó que derechos humanos no poseen términos jerárquicos, con independencia de su fuente, sin embargo, si nuestra norma marco establece alguna restricción expresa al ejercicio de dichas prerrogativas, se deberá estar a lo que la norma constitucional indique.²⁹²

Por otra parte, la Corte se pronunció con respecto al valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

²⁹¹ *Idem.*

²⁹² Resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf>, consultada en 9 nueve de agosto de 2021, dos mil veintiuno.

determinando que dicha jurisprudencia, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, es vinculante para los órganos jurisdiccionales, siempre y cuando que los precedentes en referencia favorezcan a las personas.²⁹³

Desde el ámbito conceptual, la reforma de 2011 representó el cambio de la denominación de garantías individuales al de derechos humanos. En efecto, en nuestro país a las garantías individuales se les identificaba con los derechos humanos o fundamentales de la persona, esto, producto de una idea que suponía que consagrando dichos derechos éstos estaban ya asegurados, en realidad la garantía no consiste en poner un derecho en la Constitución sino en asegurar los medios para la tutela de las disposiciones constitucionales.

El cambio conceptual constitucional que determinó que aquellas prerrogativas consideradas garantías individuales fueran consideradas derechos humanos fue sumamente acertada, ya que los conceptos y terminologías constitucionales eran confusos.

Como ya mencionamos en el primer capítulo de nuestra investigación, el concepto de derechos humanos no es homogéneo dentro de la teoría jurídica, sin embargo optamos por adoptar el concepto más utilizado dentro del sistema jurídico occidental del positivismo sofisticado, la cual acepta la naturaleza del derecho humano como un conjunto de pretensiones, privilegios, potestades, inmunidades positivizados que son correlativas de deberes o que hacen al sujeto susceptible de exigir la sujeción, la incompetencia o el no derecho de otro sujeto, que determina su actualización mediante la autodeterminación del sujeto, entendiendo que los derechos humanos son inherentes al individuo, se nace con ellos y son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables.

²⁹³ *Idem.*

Además, es necesario precisar que los derechos humanos se plasman tanto en la organización política, como en los sistemas jurídicos que adopta el Estado, para que el individuo desde el ámbito de su libertad, encuentre las condiciones multifactoriales esenciales para el alcance del plan de vida que pretenda, condiciones que van desde el espacio social, cultural, político, económico, hasta la igualdad de condiciones para su desarrollo.

Por su parte, las garantías individuales deben ser entendidas ya no como un sinónimo de derechos humanos, sino como aquellos mecanismos de aplicación de los derechos humanos, o como “medios jurídicos de protección, defensa o salvaguarda de los derechos del hombre en primer término, por lo que estos derechos son jurídicamente resguardados y tutelados por la constitución y el sistema jurídico mexicano”.²⁹⁴

Las garantías individuales, previo a la reforma de 2011, estaban más relacionadas teóricamente a los derechos fundamentales que a los derechos humanos, pues las garantías individuales se situaban desde la literalidad del texto constitucional, su vigencia y aplicación, a partir de su inclusión en el derecho positivo, con la característica de que eran otorgadas y no reconocidas, lo que las hacía mayormente susceptibles de ser modificadas por el legislador a su consideración.

En la actualidad con el reconocimiento de los derechos humanos como aspecto sustantivo, las garantías individuales adquieren la importancia de funcionar como medios para defensa y protección de los derechos humanos, lo que teóricamente es mucho más válido y jurídicamente más coherente con los estándares del derecho internacional.

4.2. El derecho fundamental a la salud. Perspectivas desde la dimensión empírica y la dimensión normativa

²⁹⁴ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 38a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 161.

Para determinar los alcances fácticos del derecho a la salud, debemos diferenciar los diversos matices y terminologías con los que se presenta dicha prerrogativa en los sistemas jurídicos normativos internacionales y estatales, desde el derecho a la asistencia sanitaria, derecho a la protección de la salud, derecho a gozar de un nivel adecuado de salud, alto nivel de protección de la salud humana, derecho al máximo nivel posible de salud o derecho a un mínimo decente de asistencia sanitaria.²⁹⁵

La falta de precisión en la terminología y estructura jurídico-conceptual referente al derecho a la salud, puede derivar en la consideración de que conceptos como la asistencia sanitaria, el derecho a la protección de la salud, el derecho a gozar de un nivel adecuado de salud, el alto nivel de protección de la salud humana, el derecho al máximo nivel posible de salud o el derecho a un mínimo decente de asistencia sanitaria, son sinónimos entre sí y con respecto al derecho a la salud, lo cual no es cierto.

El derecho de asistencia sanitaria o sanidad, puede entenderse como un bien jurídico privilegiado, adquirido bajo la modalidad de un servicio de naturaleza clínico asistencial prestado por profesionales de la salud, dicho servicio no necesariamente está financiado por recursos públicos, pues existen servicios de atención sanitaria con financiación privada.²⁹⁶

Por su parte, el derecho a gozar de un nivel adecuado de salud, consagrado en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,²⁹⁷ está enfocado a determinar las condiciones multifactoriales dirigidas a que los individuos satisficen sus necesidades básicas, atendiendo a las nociones

²⁹⁵ *Ibidem.* p. 37.

²⁹⁶ José Bestard, *La asistencia sanitaria pública: seguro de salud o servicio público, derecho a la protección de la salud*, Madrid, Díaz de Santos, 2015, p. 83.

²⁹⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf, consultada el 24 veinticuatro de junio de 2020 dos mil veinte.

de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.²⁹⁸ La expresión adecuado, según la ONU, hace referencia a superar el “nivel por debajo del cual nadie puede caer”,²⁹⁹ sin embargo no deja de ser vago e impreciso el concepto de lo que es adecuado, dada la subjetividad de las condiciones que parecen ser o no adecuadas en los distintos sectores sociales de los diversos países que integran la ONU.

El término del derecho a disfrutar del más alto nivel de protección de la salud humana, se debe atribuir al Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, pues en su numeral 12 establece el derecho de los individuos a disfrutar del “más alto nivel posible de salud física y mental”.³⁰⁰

Dicha terminología está acompañada de la obligación por parte de los Estados miembros a determinar las medidas y procedimientos, como lo son “la adopción de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”.³⁰¹

El concepto del disfrute del más alto nivel de salud expuesto por la ONU, no debe entenderse “como un derecho a estar sano”,³⁰² pues envuelve tanto los escenarios biológico y socioeconómico de la persona, es decir, no se trata de un derecho unidimensional, sino que requiere de derechos correlativos y libertades como la libre desarrollo de la personalidad que implica la libertad de un individuo para determinar lo que considere como un cuerpo sano, la libertad de determinar las tendencias genésica y sexual sin que existan injerencias de alguna autoridad y

²⁹⁸ Yosep Hadar, *Artículo 25: Derecho a un nivel de vida adecuado*, ONU, 2018, <https://news.un.org/es/story/2018/12/1447511>, consultada el 12 doce de marzo de 2021.

²⁹⁹ *Idem*.

³⁰⁰ Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, consultado el 25 veinticinco de junio de 2020 dos mil veinte.

³⁰¹ Observación General número 14 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>, p. 3. consultado el 10 de febrero de 2021.

³⁰² *Idem*.

las actividades recreativas y lúdicas que considere el individuo lo hagan sentir realizado y satisfecho, siempre y cuando dichas actividades se encuentren dentro del marco de la ley.

Es evidente que la salud de un individuo depende de un conjunto muy amplio de factores, como lo son el aspecto genético, los eventos fortuitos y el libre desarrollo de la personalidad, entre otras circunstancias que no dependen exclusivamente de las acciones estatales, sin embargo, según la observación general número 14 realizada por la ONU, el Estado debe garantizar el disfrute de toda una “gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.³⁰³

Si bien es cierto que la observación número 14 de la ONU es vaga e imprecisa, al no señalar el tipo facilidades, bienes, condiciones y servicios concretos a que están obligados los Estados, también es cierto que la falta de precisión descrita no atenúa la obligación que tienen los Estados de garantizar el disfrute del más alto nivel de salud para los individuos.

La denominación más popular en los sistemas jurídicos para referir al derecho a la salud, ha sido el derecho a la protección de la salud, mismo que se encuentra redactado en leyes fundamentales de diversos Estados, entre ellos la de México en su artículo cuarto, párrafo cuarto.

La terminología del derecho a la protección de la salud está orientada a justificar tras su esquema jurídico-conceptual, una sucesión de medidas que permitan la concreción de dicha prerrogativa bajo las condiciones que el Estado considere factibles, aunque las medidas previstas en la norma marco, no impliquen necesariamente el aseguramiento del derecho a la salud o el más alto nivel de salud posible para los individuos.

³⁰³ *Idem.*

Si bien es cierto que en la teoría, el término de derecho de protección a la salud ha sido relacionado a una denominación que permite garantizar la salud de forma amplia mediante medidas que permiten garantizar resultados, también es cierto que con la referida denominación se justifica la imposibilidad de garantizar el derecho a la salud en sentido amplio, dado que depende de múltiples factores como la propia voluntad del individuo, aspectos de orden genético u otros, razonamiento que tendría que aplicar para otros derechos como el derecho a la educación, el derecho a la vida, el derecho a la seguridad, entre otros, que tampoco dependen exclusivamente de las acciones u omisiones por parte del Estado.

El concepto de derecho de protección a la salud, tal como se precisó en el capítulo anterior, se consagró por primera vez en la Constitución de México en 1917,³⁰⁴ dicha prerrogativa se encontraba orientada a satisfacer prestaciones de seguridad social de la clase trabajadora, con la clara postura jurídica de que dicha prerrogativa dependía únicamente de los recursos asignados por el Estado y la participación solidaria de los ciudadanos y patrones; por tanto, no era obligación exclusiva del Estado garantizar la buena salud, ni brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud, ni mucho menos asegurar el más alto nivel de salud posible para los individuos.

No puede pasar por inadvertido que, en la Ley General de Salud de 1984,³⁰⁵ se precisaron las modalidades del acceso a la protección que tienen los individuos en México, sin embargo, debemos entender que dichas prescripciones fueron realizadas en una ley reglamentaria y que no hubo modificación alguna al texto constitucional, por lo que la terminología de derecho de protección a la salud, en nuestra norma marco, ha sido la misma desde 1917.

³⁰⁴ Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos de 1917, <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Mexico/Leyes/constitucion.pdf>, consultada el 23 veintitrés de junio de 2020, dos mil veinte.

³⁰⁵ Ley General de Salud de 1984, http://www.conadic.salud.gob.mx/pdfs/Ley_general_de_salud.pdf, consultada el 20 de mayo de 2021, dos mil veintiuno.

Hasta ahora, al analizar las denominaciones conceptuales que se han utilizado para hacer referencia al derecho a la salud, es decir: el derecho a la asistencia sanitaria, derecho a la protección de la salud, derecho a gozar de un nivel adecuado de salud y el derecho al más alto nivel de protección de la salud humana, podemos inferir que tales denominaciones solo se refieren a aspectos parciales del derecho a la salud, es decir, atienden únicamente a algunos elementos de toda la amplitud que implica el derecho a la salud.

Así, podemos afirmar que en México el derecho a la salud, se encuentra consagrado de forma vaga, imprecisa y abreviada, circunstancia que implica a su vez, la falta de precisión respecto a los efectos jurídicos de dicha prerrogativa, lo que “tiene el grave inconveniente de sugerir una cierta identificación reduccionista con el derecho de asistencia sanitaria”,³⁰⁶ dificultando, además, identificar las técnicas jurídicas que pueden ser utilizadas para su protección.

La imprecisión y vaguedad en un precepto tan importante como lo es el artículo cuarto, párrafo cuarto de nuestra Ley Suprema, puede obedecer a la falta de análisis y actualización jurídico-conceptual de un derecho tan complejo como es el derecho a la salud, pues como ya lo señalamos, es erróneo equiparar el derecho a la salud al grado de sinónimo con el derecho a la protección de la salud.

No emplear un término adecuado en relación al derecho a la salud, implica la imposible observación precisa por parte del Estado mexicano a los tratados y observaciones internacionales antes descritas, dejando al criterio estatal la potestad para determinar las medidas jurídicas que consideran aseguran el más alto nivel posible de salud; además que, en distintos escenarios jurídicos como lo es la ley reglamentaria en materia de salud, no existe certeza al pretender

³⁰⁶ *Ibidem.* p.43.

identificar las técnicas jurídicas normativas que permiten hacer valer dicha prerrogativa.

El reduccionismo jurídico conceptual del derecho a la salud en México, se evidencia en la estrategia simplista por parte del Estado de proporcionar atención sanitaria a determinados individuos, bajo ciertas condiciones y bajo un catálogo reducido de prestaciones de los servicios de salud.

Es cierto que centrarnos en el derecho a la atención sanitaria evitaría entrar en confrontación con la diversidad de conceptos de salud que se han presentado históricamente en la doctrina, sin embargo, circunstancias sociales como aquellas derivadas de la pandemia actual del virus designado como SARS-CoV-2, nos han indicado que la intervención del Estado en materia de salud, implica mucho más que la sola atención sanitaria y abre un debate en torno a dicha prerrogativa más profundo y complejo que la sola disyuntiva entre si es posible garantizar la salud del individuo o si el derecho a la salud debe implicar un compromiso estatal para asegurar un estado de salud de los individuos.

Es necesario considerar que hay factores como las enfermedades de base genética, que forman parte de un conjunto de patologías muy comunes y de incidencia elevada dentro de la población mundial, o incluso enfermedades como anomalías genéticas que causan un deterioro continuo y fatal que se presentan desde el inicio de la vida en algunos seres humanos.³⁰⁷

Entonces, debemos concluir que la denominación correcta en un marco jurídico normativo fundamental debe ser la del derecho a la salud en su forma más amplia, pues ésta, no sólo hace alusión a prestaciones de índole sanitaria, o a ciertas prestaciones dependientes de leyes secundarias o políticas públicas, ni a

³⁰⁷ Domingo González, et al., Enfermedades de base genética, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 31, 2008, pp. 105-126.

derechos de la clase trabajadora, sino a todos los elementos que integran la salud a partir de un completo bienestar físico, mental y social.

El derecho a la salud es una prerrogativa que implica la actuación del Estado de forma multidimensional, es decir, a través de las dimensiones negativa, subjetiva y positiva, pues la obligación del Estado en materia de salud, no está limitado a dejar de hacer, reconocer o proteger, sino que también debe realizar acciones tendientes a que los ciudadanos gocen de tal derecho, mediante el cumplimiento de actos, que si bien son de naturaleza recíproca, lo cierto es que también son sucesivas, no simultáneas, en razón de que el disfrute del derecho a la salud se encuentra supeditado a la comparecencia de la parte interesada a fin de solicitar un acto u omisión por parte del Estado.

La dimensión negativa del derecho a la salud se encuentra relacionada a las acciones omisivas por parte del Estado, esto es, que el Estado debe abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que pongan en peligro la salud de los individuos. La implicación de esta dimensión también se refiere a las precondiciones de salud, desde los ámbitos ambiental, laboral, ecológico, social, entre muchos más.

La dimensión positiva, se distingue por ser un conjunto de actividades realizadas por parte del Estado a fin de preservar la salud de los individuos, y aunque está muy relacionada con el derecho a la asistencia sanitaria, no se limita al mismo.

En la actualidad, dadas las condiciones que se viven a nivel mundial por la aparición del virus designado como SARS-CoV-2, se pueden identificar intervenciones positivas estatales, dirigidas a preservar la salud de los individuos, entre las cuales se encuentran las restricciones a nivel comunitario, como

cuarentenas nacionales ya sea totales o parciales, campañas de información y educación en materia de salud, incluso apoyos económicos, entre otras.³⁰⁸

La dimensión subjetiva del derecho a la salud está dirigida a las libertades de los individuos, delimitando dichas pretensiones mediante un conjunto de normas objetivas y modelos jurisprudenciales, estos últimos, diseñados como “pautas hermenéuticas aptas para inspirar la interpretación de todo el ordenamiento”.³⁰⁹

En México las pautas de interpretación jurídica en relación al derecho a la salud desde la dimensión subjetiva han estado a cargo del Poder Judicial de la Federación, el cual, a través de diversos criterios y jurisprudencias ha determinado los alcances y las técnicas jurídicas correspondientes de dicha prerrogativa.

En relación a las técnicas jurídicas que determinan los alcances del derecho a la salud en México, encontramos el criterio aislado emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, P. XVIII/2011, cuyo rubro a la letra dice: "DERECHO A LA SALUD. SU TUTELA A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO",³¹⁰ criterio que expresa que en vía de amparo se debe considerar la afectación de un derecho fundamental que incorpora pretensiones jurídicas subjetivas.

En ese tenor, podemos inferir que el Poder Judicial Federal, actúa como protector de la Constitución mediante el juicio de amparo esgrimido como control constitucional, por lo que las consideraciones y decisiones que se determinan en

³⁰⁸ Nuria González y Diego Valadés (Coords.), *Emergencia sanitaria por covid-19. Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, 2020, pp.14-23.

³⁰⁹ Miguel Carbonell, et al., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, p. 81.

³¹⁰ Criterio aislado emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, P. XVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, registro 161330, agosto de 2011, p. 32.

las resoluciones dictadas dentro de juicios de amparo que tengan como materia la salud, establecen una confección jurídica en sentido negativo.³¹¹

En cuanto a los alcances del derecho a la salud, podemos identificar la jurisprudencia sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro a la letra dice: "DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS",³¹² y de la que se advierte la vinculatoriedad del artículo cuarto, respecto su texto en materia de salud y los tratados internacionales que refieren la misma materia a efectos de complementar dicha norma fundamental.

De igual manera la tesis aislada P. XV/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro a la letra dice: "DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA",³¹³ establece que el derecho a la salud ha sido tratado solo como declaraciones de intenciones, sin poder vinculante real sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos, por lo que el Juez Constitucional puede contrastar la labor de las autoridades ya sea legislativas o ejecutivas con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa, lo que determina una vinculatoriedad real.

Por su parte, la jurisprudencia: P./J. 136/2008, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a rubro dice: "SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4o., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES

³¹¹ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, 1ª. ed. trad. Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 84.

³¹² Jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo XXVIII, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, julio de 2008, p. 457.

³¹³ Tesis aislada P. XV/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIV, registro 161331, agosto de 2011, p. 31.

UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL”,³¹⁴ misma que señala los lineamientos de la Ley Reglamentaria en Materia de Salud, mismos que determinan la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud y que en virtud de que ésta es una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados, el financiamiento de los respectivos servicios, no corre a cargo del Estado exclusivamente.

Finalmente, la tesis aislada P. XVI/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice: "DERECHO A LA SALUD. IMPONE AL ESTADO LAS OBLIGACIONES DE GARANTIZAR QUE SEA EJERCIDO SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA Y DE ADOPTAR MEDIDAS PARA SU PLENA REALIZACIÓN”,³¹⁵ refiere que el Estado ha suscrito convenios internacionales que muestran la importancia de garantizar al más alto nivel del derecho a la salud, mismos que le imponen al Estado el deber concreto y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia su plena realización.

Entonces, cuando se pronuncia una autoridad judicial dentro de una resolución de amparo en materia de salud, se determinan los alcances fácticos de dicha prerrogativa, aunque sólo en relación al caso en particular de que se trata, como es el caso, entre otros, de la resolución dictada dentro del juicio de amparo número 707/2016, por el Juez Séptimo de Distrito del Décimo Primer Circuito, en la cual se ordenó proporcionar el tratamiento correspondiente a la quejosa, por ser parte de su núcleo del derecho de salud, aun cuando el mismo no se encuentra

³¹⁴ Jurisprudencia P./J. 136/2008, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo XXVIII, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, registro 168549, octubre de 2008, p. 61.

³¹⁵ Tesis aislada P. XVI/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIV, registro 161333, agosto de 2011, p. 29.

contemplado en el catálogo universal de servicios de salud al que se encontraba afiliada.³¹⁶

Las resoluciones dictadas dentro del juicio de amparo están regidas por el principio de relatividad,³¹⁷ por lo que, al sólo ocuparse de aquellos individuos que promovieron el caso especial sobre el que versa la queja, sin tener efectos *erga omnes*,³¹⁸ representan límites en los efectos jurídicos del derecho a la salud que en ellas se otorguen, ya que, la pronunciación de la autoridad judicial sólo puede ser atendida a instancia de parte y bajo un proceso jurídico que no siempre es asequible para aquellos individuos que no tengan conocimientos jurídicos.

Entonces, como no todos los individuos obtienen un beneficio directo de las resoluciones dictadas dentro de un juicio de amparo, a menos de ser quien las promueva y la justicia les favorezca, se advierte la necesidad de que el texto constitucional relacionado con la salud, que si tiene efectos generales, esté correctamente estructurado y actualizado bajo los estándares fijados en la legislación internacional de la materia y los criterios jurídicos emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que sólo es posible, a través de una reforma derivada del análisis jurídico conceptual realizado desde la dimensión analítica de la dogmática jurídica.

4.3. El derecho a la salud como derecho fundamental y humano

Proponer que el derecho humano a la salud sea consagrado en su sentido de protección más amplio en nuestra ley fundamental, requiere en primer término, su elaboración conceptual, misma que presenta como vía idónea para tal efecto, la

³¹⁶ Resolución Judicial dictada dentro del amparo indirecto número 707/2016, dictada por el Juez Séptimo de Distrito del Décimo Primer Circuito, <http://sise.cjf.gob.mx/consultasvp/default.aspx>, consultada el 13 de junio de 2021 dos mil veintiuno.

³¹⁷ El principio de relatividad de las sentencias en el juicio de amparo, tal como lo señala la segunda fracción del artículo 105 constitucional, determina que: “La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

³¹⁸ Locución latina que se traduce como “para todos”.

dimensión analítica de la dogmática jurídica, dado que es, como ya precisamos la que se encarga de efectuar consideraciones sistemático-conceptuales del derecho válido, determinando su construcción como norma en un sistema jurídico.³¹⁹

Dicha estructura, se tendrá que realizar, a su vez a través de las propiedades descriptivas que determinan el derecho humano a la salud positivizado; si bien, las propiedades valorativas serán necesarias para determinar los alcances del derecho a la salud, como parte de los valores predominantes de nuestra sociedad, nos enfocaremos en primer término para realizar una estructura conceptual, dando énfasis en las propiedades fácticas.

Es necesario precisar que nuestra investigación dista mucho de la formulación de consideraciones filosófico-jurísticas y sociológicas, y resulta indispensable analizar los derechos fundamentales bajo la perspectiva del positivismo excluyente y los hechos fácticos, lo que Joseph Raz nombra “fuentes sociales”,³²⁰ por lo que, al tratarse de un estudio relacionado con ordenamientos jurídicos emanados de una ley fundamental y válida, limitarnos a un enfoque meramente independiente de las fuentes sociales, puede representar que al momento de formular el estudio teórico referido, nos resulte imposible ligarlo con la forma en que éste es aplicado al marco geográfico que definimos para nuestro análisis.

Atendiendo a la dimensión analítica de la dogmática jurídica y partiendo de los elementos que conforman el concepto de los derechos fundamentales,³²¹ determinaremos la estructura jurídico conceptual del derecho fundamental a la salud más viable, por lo que, atenderemos en primer término el derecho subjetivo a la salud.

³¹⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p.30.

³²⁰ Joseph Raz, *La autoridad del derecho, ensayo sobre derecho y moral*, México, Coyoacán, 2011, p. 34.

³²¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, Roma, Trotta, 1999, colección Estructura y Procesos, p. 37.

Es necesario indicar que la inscripción en nuestra ley fundamental del derecho a la salud en su sentido más amplio, sustituyendo al derecho de protección a la salud, no es para nada contraria al núcleo intangible de nuestra norma marco, dado que la amplitud garantista de un derecho no es contraria a los valores extratemporales y transpersonales de lo moralmente recto, lo que se evidencia al momento de entender que el derecho a la salud ya forma parte del catálogo de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales que son vinculatorios en nuestro sistema jurídico.

Considerando así que la salud en su sentido más amplio es una pretensión justificada, y que además está prevista en los tratados internacionales de los que México forma parte, y por tanto, forma parte del catálogo de los derechos humanos reconocidos en nuestro país, es factible atender la necesidad de una reforma en el texto constitucional, a partir de un cambio teórico, técnico, conceptual y estructural, tomando en consideración aspectos económicos y sociales para su adaptación, pero privilegiando al individuo a partir del principio pro persona.

Es evidente que, desde el actual entorno y realidad fáctica ya no es suficiente el derecho de protección a la salud para responder a las exigencias del derecho internacional y las necesidades de los individuos, por lo que es necesario dirigirnos hacia una evolución jurídica e histórica, a partir de una base lingüística, recordando que "una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos".³²²

El derecho a la salud desde su naturaleza como derecho subjetivo, es una de las prerrogativas más significativas y complejas, pues gracias a la salud es posible la existencia continuada del ser humano, cuya tendencia es lograr un estado óptimo preciso como condición de "madurez biológica".³²³

³²² H. L. A. Hart, *El concepto...*, p. XII.

³²³ H. L. A. Hart, *El concepto...*, pp. 233-235.

Establecer a la salud como un derecho subjetivo, para nada afecta su aplicación en un sistema de derecho objetivo y positivo, pues como ya analizamos, el derecho objetivo y el derecho subjetivo son parte de un solo objeto, entendiendo que “Los derechos se conciben, en el dualismo, como instrumentos que se apoyan y se justifican en razones de índole moral”.³²⁴

Esta concepción dual que, para nada es ajena ni contraria a nuestra norma marco, pues en ella no sólo se acepta la existencia de los derechos humanos, sino que les reconoce carácter vinculatorio:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.³²⁵

De ahí que, atendiendo la teoría del dualismo, en el caso del derecho fundamental a la salud, supone una relación entre derecho objetivo y derecho subjetivo, en una entera dependencia entre sí, dada la naturaleza axiológica del derecho subjetivo, que si bien, le brinda cierta autonomía teórica, sólo alcanza el grado superlativo jerárquico, al encontrarse consagrado en un ordenamiento normativo marco.

No es tarea fácil afirmar la existencia de una relación equilibrada entre el derecho subjetivo a la salud y su positivización en nuestra ley fundamental, pues el solo hecho de reconocer el derecho natural a la salud, deriva en que su positivización –en este caso, del derecho natural–, dejaría en estado de

³²⁴ Rafael F. de Asis Roig, “La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, Vol. 1, 2008, p. 391.

³²⁵ Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf, consultada el 23 de enero de 2021, dos mil veintiuno.

subordinación a la norma consagrada en la Constitución, frente al propio derecho subjetivo que protege.

Sin embargo, aun cuando entendiéramos que el derecho subjetivo a la salud fuese tan solo una herramienta retórica del derecho positivo y, con ello frenar una carga ideológica,³²⁶ esto no afectaría para nada la necesidad jurídica de su actualización en el marco del derecho internacional, mismo que ya vincula las obligaciones jurídicas de nuestro país.

Por otra parte, si analizamos la positivización del derecho a la salud en su sentido más amplio, desde la teoría del utilitarismo, advertimos que es compatible su positivización y la realidad social actual, puesto que una prerrogativa de esa índole asegura un provecho tangible para la sociedad.

Para la estructuración del precepto constitucional que garantice a la salud en su amplio espectro, tomaremos como base teórica filosófica y jurídica, la teoría del interés o del beneficiario de Ihering, pues debemos entender a la salud como un beneficio que debe ser garantizado a través del derecho positivo.

Si bien, la salud es un derecho que no depende enteramente del Estado, como casi todos los derechos humanos, sino que requiere una participación ciudadana, o una restricción por parte del Estado, que se traduce en la privación de una parte de la libertad del individuo, dicha restricción debe ser proporcional a la consecución del mayor beneficio para el mayor número de personas, lo que deriva en la imposibilidad por parte del Estado de eludir el deber de entender el beneficio hacia el que está dirigida la ley.

La función de la salud como un derecho fundamental de la ley fundamental, no sólo se limita a garantizarse como derecho subjetivo de los individuos,³²⁷ sino

³²⁶ Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*, 3ª edición, México, Colofón, 1990, p. 43.

³²⁷ es decir como aquel conjunto de pretensiones, privilegios, potestades, inmunidades que son correlativas de deberes o que hacen al sujeto susceptible de exigir la sujeción, la incompetencia o el no derecho de otro sujeto, determina su actualización mediante la autodeterminación del sujeto.

también como principio objetivo básico del ordenamiento constitucional y del estado de derecho, en que el derecho fundamental a la salud operaría como un límite de acción estatal y garantía de la salud dirigida a los individuos.

Así, el derecho a la salud debe formar parte de la ley fundamental, a fin de proteger los intereses más vitales de toda persona en dicha materia, debiendo además, considerar ser lo más extensa posible, esto, ya que si bien, actualmente se considera la salud como un derecho humano por encontrarse en el catálogo derivado de los tratados internacionales de los que México forma parte, en la también es cierto que en la práctica se suele utilizar con menos rigor que los derechos fundamentales consagrados de forma expresa en sus numerales, pues, como lo dijimos anteriormente, los derechos humanos se presentan como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica, o que, como es el caso de México se dejan todas sus formalidades a cargo de una Ley Reglamentaria sin categoría de supremacía constitucional.

Podría parecer que, a raíz de la reforma constitucional de 2011, en la que se amplió el catálogo de los derechos humanos que forman parte de la constitución mexicana, reconociéndoles carácter vinculatorio a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los cuales nuestro país forma parte,³²⁸ y, considerando que en algunos de ellos sí se garantiza el derecho a la salud y no sólo a la protección de la salud,³²⁹ no fuera necesario cambiar el texto constitucional, dado que pareciera estar garantizada la salud en su amplitud.

³²⁸ Debido a lo amplio y delicado del tema, se realizará un estudio pormenorizado de la contradicción de tesis 293/2011, así como un estudio comparativo entre los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales que tienen reconocido un carácter vinculatorio.

³²⁹ Sirve de apoyo, la jurisprudencia sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVII, julio de 2008, p. 457; la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, artículo 25.1, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, consultado el 13 trece de enero de 2019 dos mil diecinueve; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12, <https://www.colmex.mx/assets/pdfs/>, consultado el 11 once de enero de 2019 diecinueve; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Sin embargo, es necesario tomar en cuenta en primer lugar que, las normas en general de la ley fundamental deben expresar con claridad el tipo de derecho subjetivo que resguardan, es decir, deben indicar con precisión el tipo de pretensiones, privilegios, potestades o inmunidades de que se trata y cuáles son sus deberes correlativos o que hacen al sujeto susceptible de exigir la sujeción, la incompetencia o el no derecho de otro sujeto, así como determinar su actualización mediante la autodeterminación del sujeto.

Así, el artículo cuarto, en su cuarto párrafo, no sólo es impreciso y vago, en cuanto a la forma en que pretende garantizar la protección de la salud, sino que deja en la ley reglamentaria la atribución de definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, y ni aún con la reforma de 2020, al precepto señalado que determina que la propia ley definiría un “sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social”, es suficientemente, no sólo porque nuevamente se deja a la ley para definir el sistema de salud, sino que es ambigua y vaga la forma en que pareciera estatuirse la universalidad del derecho a la salud.

Ahora bien, no basta que en la Constitución se determine en su artículo primero que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”,³³⁰ pues hacer valer el derecho a la salud, frente a la negativa de ser resguardado de forma amplia por parte de la Ley Reglamentaria en materia de salud, solo puede realizarse a instancia de parte frente a un tribunal de amparo, como ya lo analizamos anteriormente.

"Protocolo de San Salvador", artículo 10, <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/>, consultado el 13 trece de enero de 2019 dos mil diecinueve y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental, www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosEconomicosSocialesCulturales-CESCR.htm, consultada el 12 doce de enero de 2019 dos mil diecinueve.

³³⁰ Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf, consultada el 23 de enero de 2021, dos mil veintiuno.

No podemos admitir que es suficiente que la dogmática jurídica desde su dimensión empírica, a través de la jurisprudencia y criterios de la Corte, de respuesta a los problemas de vaguedad y ambigüedad del texto constitucional que consagra el derecho de protección a la salud, pues lo que pretendemos en la presente investigación, no es identificar el conjunto de precedentes derivados de criterios judiciales en materia de salud, sino la validez de la norma constitucional, “Para catalogar como válida a una norma de derecho fundamental directamente estatuida, basta la referencia a su positivización”.³³¹

Entonces, si una norma adscripta vale como una norma de derecho fundamental, si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta,³³² es preciso que la estructura conceptual de dicha norma, no sólo sea correcta, sino que este bien precisada.

Es importante señalar que, en relación con los debates de contenido teórico que se tienen en diversos escenarios sobre si el derecho a la salud debe considerarse como un derecho social, o un derecho solidario y si éstos deben atender a la justicia o a la igualdad, parecen estar mucho más motivados a los recursos económicos y técnicos destinados a la salud, más que a la prerrogativa en sí misma.

Por otra parte, es necesario precisar que, situar al derecho humano a la salud, como un derecho social o un derecho solidario, a partir de la teoría de las generaciones o cualquier otra teoría, limita y sujeta dicho derecho a las definiciones que se tengan sobre los derechos sociales o los derechos solidarios.

³³¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p.71.

³³² *Idem*.

De ahí que, para determinar la forma en que debe ser consagrado el derecho humano a la salud en una ley fundamental, es preciso, como ya se hizo previamente, analizar los “componentes, características y posibilidades, así como de sus deficiencias, limitaciones e intenciones”.³³³ Ese conocimiento holístico integral de dicho derecho humano, nos sitúa tal como hemos analizado, en que éste no ha surgido por casualidad con el sólo pasar del tiempo, o por simple evolución, ni mucho menos que haya sido aceptado de forma homogénea y progresiva en todos los Estados.

Como hemos dicho previamente, no es factible identificar el momento en que tuvo origen el derecho fundamental a la salud y limitar su aparición a su inclusión o positivización en un “sistema normativo que presenta rasgos fácticos distintivos, sin tomar en cuenta propiedades de índole valorativa”,³³⁴ sería un error, dado a que el derecho a la salud es un derecho humano multifactorial y multidimensional.³³⁵

Ahora bien, y considerando que el derecho a la salud en un inicio surgió como un derecho subjetivo, y tras luchas sociales, procesos históricos, académicos, culturales y políticos, principalmente, y que, dicha prerrogativa para nada ha contenido la característica de la universalidad, pues podemos identificar que “los derechos humanos existen y “habitan” en la ciudadanía, no así en la supuesta dignidad humana”,³³⁶ lo que se evidencia a realidad jurídica de aquellos ciudadanos que no cuentan con la protección de la salud y que forma parte de la sociedad mexicana.

³³³ Ignacio Torres Justiniani, “De generaciones a escuelas...pp. 97-112.

³³⁴ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, S. A., 2003, p. 43. Para efectos de la presente investigación y sin pretender generar controversias, me parece apropiado tomar un significado del derecho desde la concepción convencionalista, no en relación a como se usa efectivamente dicha expresión en el lenguaje ordinario, sino a través de su significado como expresión lingüística.

³³⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 44.

³³⁶ Ignacio Torres Justiniani, “De generaciones a escuelas...pp. 97-112.

Podemos decir entonces que, el derecho de protección a la salud, tal como está consagrado en nuestra Constitución alude al reconocimiento de derechos sociales, instituido como un sistema de seguros sociales, para atenuar las inconformidades de la sociedad y cuya finalidad no fue la salud pública, sino asegurar el mínimo nacional de subsistencia respecto a la clase trabajadora, como lo podemos deducir del texto constitucional mexicano 1917, en donde se expresa en su artículo cuarto que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”.³³⁷

Asimismo, identificar la salud como prerrogativa desde un derecho solidario, dado que se requiere la cooperación entre las instituciones y los ciudadanos, y que tal derecho se expresa con una prestación sanitaria o la simple planificación administrativa o presupuestaria en torno a la salud, no sólo diluye las obligaciones por parte del Estado, sino que limita la obligación por parte del Estado a un acto mecánico que no responde a las actuales y verdaderas necesidades de los individuos en materia de salud.

Entonces, debemos precisar que la estructura de la norma que consagra el derecho humano a la salud en nuestra ley fundamental debe garantizar la salud como derecho subjetivo, o como aquella expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones), misma, que debe aspirar a la universalidad, es decir, estar dirigida a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

finalmente, la salud entendida como un “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o

³³⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Mexico/Leyes/constitucion.pdf>, consultada el 23 veintitrés de junio de 2020, dos mil veinte.

enfermedades”,³³⁸ debe considerarse como la pretensión o expectativa tanto de naturaleza positiva, como negativa, misma que no puede ser contenida o limitada a su mera protección, y mucho menos consagrada de forma vaga o ambigua, con la justificación de que la ley reglamentaria de la materia supliría la supremacía constitucional que resguarde a dicho derecho, sería un error continuar con una norma constitucional desfazada a la realidad social actual, pues atendiendo a las teorías del contrato social y consideraciones teóricas respecto a la injusticia,³³⁹ debemos decir que el Estado ha sido creado para satisfacer las necesidades primigenias y garantizar la existencia continuada de los individuos.

³³⁸ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, <https://www.who.int/about/mission/es/>, consultada el 20 de noviembre de 2020 dos mil veinte.

³³⁹ La injusticia en el aspecto social puede ser una mala distribución de los bienes materiales y servicios, o bien, por patrones culturales referidos al género y al origen étnico-social, lo que pone en entredicho la justicia que como norma general se someten los ciudadanos por medio del pacto social, de ahí que la justicia y la injusticia no son opuestos exactos. Teresa Santiago, “Repensar la injusticia. Una aproximación filosófica”, en *Isonomía revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005, pp. 45-69.

CONCLUSIONES

Al finalizar la presente investigación es necesario precisar las aportaciones que de ella derivan, mismas que pudieran abreviar su contenido desde un enfoque teórico, jurídico y conceptual realizado a partir de la dimensión analítica de la dogmática jurídica del derecho fundamental a la salud, traducido en la determinación de la correcta consagración del derecho a la salud en nuestra ley fundamental, así como los alcances que de ella derivan, lo que, aunado a la realidad pandémica actual, representa aspectos de suma importancia para la sociedad mexicana.

Inicialmente, analizamos a los derechos fundamentales en general a través de una forma teórica, puramente formal y estructural, pues nuestra investigación estuvo dirigida a analizar el derecho fundamental a la salud consagrado en nuestra ley fundamental y no sólo su reconocimiento como derecho humano, dentro del catálogo de derechos humanos reconocidos por nuestra Constitución.

La definición formal de los derechos fundamentales que acogemos para nuestra investigación, nos permitió advertir que la salud en su sentido amplio, puede revestir cada uno de los elementos sustanciales que conforman un derecho fundamental. Así, la salud se debe considerar como un derecho subjetivo, es decir como un conjunto de pretensiones, privilegios, potestades, inmunidades que son correlativas de deberes o que hacen al sujeto susceptible de exigir la sujeción, la incompetencia o el no derecho de otro sujeto, que determina su actualización mediante la autodeterminación del sujeto.

Por otro lado, la salud en su sentido amplio también es susceptible de ser suscrita a un individuo a través de una norma jurídica directamente enunciada por nuestra ley fundamental como disposición concreta de nuestro derecho positivo válido.

Es necesario precisar que la salud debe considerarse un derecho fundamental, dado que tiene la naturaleza y elementos, tanto de un derecho subjetivo, como de una disposición concreta consagrada en nuestra ley fundamental, sin embargo, también debe ser reconocida como derecho humano, es decir, como un derecho de carácter moral que es atribuible a todos los seres humanos por la naturaleza de su propia humanidad.

En el primer capítulo de nuestra investigación realizamos un análisis a profundidad sobre el concepto y los elementos esenciales de la salud como derecho subjetivo, pues la naturaleza de la salud como derecho subjetivo funge como factor común entre la salud como derecho fundamental y la salud como derecho humano. Entendimos así, tal como señala la Organización Mundial de la Salud, que la salud no debe considerarse sólo la ausencia de enfermedades o afecciones físicas, sino como un estado de completo bienestar físico, mental y social.³⁴⁰

Entender el concepto de salud como derecho subjetivo, trae consigo la necesidad de analizar la forma en que dicha prerrogativa está protegida en el derecho internacional y en el sistema jurídico mexicano, lo que supuso analizar los preceptos contenidos en los tratados internacionales vigentes, pero también aquellos documentos históricos, que permiten tener una perspectiva sociológica e historicista para entender las implicaciones de la salud como derecho subjetivo y analizar si la vigencia de las prerrogativas que lo enuncian tanto en el derecho internacional como en nuestra ley fundamental, se encuentran vigentes y si son suficientes para responder a la realidad actual en materia de salud.

Definitivamente los antecedentes jurídicos internacionales más importantes y que aún hoy en día establecen los parámetros y estándares jurídicos en materia de salud son aquellos derivados de la creación de la Organización Mundial de las

³⁴⁰ Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Alma-Ata-1978Declaracion.pdf>, consultada el 25 de julio de 2020.

Naciones Unidas, pues de dicha organización internacional proceden instituciones como la Organización Mundial de la Salud, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948, El Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, aprobado mediante la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, firmada el 21 de diciembre de 1965 y la Convención para los Derechos de los niños, aprobada el 20 de noviembre de 1989, por mencionar algunas.

No podemos pasar por inadvertidos aquellos antecedentes relacionados con el derecho a la protección de la salud, entre los cuales figura como antecedente primigenio y más importante para nuestro sistema jurídico, la consagración del derecho a la protección de la salud en la Constitución mexicana de 1917, texto constitucional que no ha cambiado esencialmente desde entonces.

De la consagración del derecho a la protección de la salud desde 1917 en nuestra ley fundamental, se advierte una clara tendencia teórica a concebir dicha prerrogativa como un derecho de naturaleza social, sin embargo, a partir de la concepción de la teoría de las generaciones de los derechos humanos, creada como argumento de justificación para considerar la inclusión de diversos derechos humanos en el catálogo positivo del derecho internacional, el derecho a la salud también es considerado como un derecho de naturaleza solidaria.

En la presente tesis logramos considerar a la salud como un derecho complejo, pero orientado en mayor medida a las características de un derecho social, lo que implica entender a la salud como un derecho subjetivo de prestación positiva y fáctica por parte del Estado,³⁴¹ identificando como principio jurídico principal en resguardo a la igualdad en su sentido sustancial, derivada de la dignidad humana.

³⁴¹ Rodolfo Arango, "Derechos sociales", *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. II, p. 1683.

Es cierto que hay aspectos de la salud que coinciden con características de los llamados derechos de índole prestacional y solidaria, como se advierte del análisis que se realiza en la teoría de las generaciones de los derechos humanos, sin embargo, debemos considerar que la teoría de las generaciones de los derechos humanos presenta grandes deficiencias argumentativas.

Los principales problemas que encontramos en la teoría de las generaciones de los derechos humanos son: el orden jerárquico numérico asignado a los derechos que puede derivar en la apreciación de los derechos desde la importancia numérica, una percepción historicista errónea, una concepción segmentada de los derechos humanos, el problema de la universalización de los derechos humanos, y finalmente, la idea de que el Estado requiere de obligaciones negativas en relación con los derechos humanos civiles y políticos, en tanto, que los derechos económicos, sociales y culturales si se requieren acciones positivas, siempre previo a ser exigidos, dejado a los derechos humanos de tercera generación un amplio margen de acción por parte del Estado, en tanto que podían ser de naturaleza negativa o positiva.

Considerando las deficiencias teóricas de la teoría de las generaciones de los derechos humanos, concluimos que no es factible considerar a la salud sólo como un derecho solidario, pues su cumplimiento progresivo va de acuerdo al desarrollo y recursos disponibles destinados para la satisfacción del mismo, así como la participación de los individuos, lo que es conveniente para las actividades por parte del Estado, pero limitativo de muy diversas formas respecto a las prerrogativas que forman el derecho a la salud del individuo y sobre todo, contradictorio con los tratados internacionales que analizamos previamente.

Por otra parte, como ya lo mencionamos, el artículo cuarto, párrafo cuarto de nuestra Constitución Política consagra como derecho fundamental al derecho a la protección de la salud, concepción terminológica que está dirigida a un solo matiz y aspecto de entre las muy diversas gamas de elementos que integran al

derecho a la salud en su sentido amplio como lo son: el derecho a la asistencia sanitaria, el derecho a gozar de un nivel adecuado de salud, el derecho de gozar de un alto nivel de protección de la salud humana, el derecho al máximo nivel posible de salud o el derecho a un mínimo decente de asistencia sanitaria.³⁴²

Es importante destacar que el derecho de protección a la salud, se consagró por primera vez en la Constitución de México en 1917, y como ya lo señalamos, dicha prerrogativa se encontraba orientada a satisfacer prestaciones de seguridad social de la clase trabajadora, con la clara postura jurídica de que dicha prerrogativa dependía únicamente de los recursos asignados por el Estado y la participación solidaria de los ciudadanos y patrones; por tanto, no era obligación exclusiva del Estado garantizar la buena salud, ni brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud, ni mucho menos asegurar el más alto nivel de salud posible para los individuos.

Es evidente que las condiciones tanto sociales, políticas, culturales, económicas y jurídicas, han cambiado significativamente desde 1917, por lo que, continuar en la actualidad con los mismos estándares y alcances jurídicos que representa una norma de esa época, evidencia una clara falta de actualización y evolución normativa.

Es necesario precisar que, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, el artículo primero de nuestra Constitución, reconoce con carácter vinculatorio, tanto los derechos humanos consagrados en la propia ley fundamental, como aquellos que se encuentran establecidos en los tratados internacionales de los que México forma parte, y si bien es cierto que el párrafo cuarto del precepto cuarto de nuestra carta magna, reconoce únicamente el derecho a la protección de la salud, también es verdad que el derecho humano a la salud en su sentido amplio se encuentra previsto en diversas normas internacionales de carácter particular que se han convertido en parte de normas

³⁴² *Ibidem.* p. 37.

internacionales de carácter general, al consolidarse como tratados internacionales de los que nuestro país forma parte.

El derecho a la salud como prerrogativa dirigida al más alto nivel de salud posible se encuentra inscrito en los tratados internacionales de los que México forma parte, aspecto que, de acuerdo al artículo primero de nuestra ley fundamental, dicha circunstancia pareciera suficiente para que los individuos en nuestro país gocen de dicha prerrogativa en sentido amplio, y por tanto, se presumiría innecesario modificar el texto constitucional que hace referencia al derecho a la protección de la salud.

El problema que se advierte de la contradicción conceptual entre el texto constitucional y los estándares internacionales, que se traduce en la disparidad de los alcances jurídicos del derecho de salud tanto de forma internacional como nacional, es que, a pesar de la reforma constitucional de 2011 y sus efectos jurídicos, el artículo cuarto de nuestra ley fundamental no sólo es impreciso y vago al reconocer sólo un aspecto del derecho a la salud, sino que confiere la facultad de definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud a la ley reglamentaria en materia de salud.

Así, cuando nos encontramos en el supuesto jurídico en que la contradicción existente entre los estándares internacionales que colocan al derecho a la salud en sentido amplio y el texto constitucional que se advierte restrictivo respecto a los alcances fácticos del aspecto fraccionado del derecho a la salud que consagra, y dicha circunstancia afecta nuestra esfera jurídica, el único mecanismo jurídico de defensa ante la violación del referido derecho humano, es la solicitud del arbitrio de la autoridad judicial federal, mismo que determinará lo conducente mediante la resolución relativa a dicho conflicto, circunstancias que ya ha sucedido, tal como se describe en la presente investigación.

Si bien, como lo señalamos en la presente tesis, el Poder Judicial Federal se ha pronunciado favorablemente al reconocimiento del derecho a la salud en toda su amplitud, tal como se determina en los tratados internacionales de los que nuestro país forma parte, también debemos precisar que dichas jurisprudencias, criterios, tesis o resoluciones judiciales son a instancia de parte y con efectos individuales, atendiendo al principio de relatividad, situación que deja en estado desfavorable a aquellos individuos que no cuentan con asesoría jurídica para iniciar un proceso judicial ante la negativa de una autoridad.

En la presente investigación, se ha logrado justificar la necesidad fáctica de actualizar el texto constitucional en el que consagra de forma vaga, imprecisa y abreviada el derecho a la salud, homologándolo con el derecho a la protección de la salud, circunstancia que como ya señalamos, sólo es un aspecto del derecho a la salud en toda su amplitud y cuyo reduccionismo jurídico conceptual, se evidencia en la estrategia simplista por parte del Estado de proporcionar atención sanitaria a determinados individuos, bajo ciertas condiciones y bajo un catálogo reducido de prestaciones de los servicios de salud.

No pasamos por alto que existen factores que inciden en la salud y que no son responsabilidad exclusiva del Estado, como las enfermedades de base genética, circunstancias ambientales, desastres naturales, entre otros, sin embargo, incluir la denominación correcta en un marco jurídico normativo fundamental, evitaría hacer reduccionismos sobre el derecho a la salud en que se limita a ésta, sólo a prestaciones de índole sanitaria, o a ciertas prestaciones dependientes de leyes secundarias o políticas públicas, o a derechos de la clase trabajadora.

Es preciso entender al derecho a la salud como una prerrogativa que implica la actuación del Estado de forma multidimensional, es decir, a través de las dimensiones negativa, subjetiva y positiva, sin limitar la función estatal a dejar de hacer, reconocer o proteger, sino que también debe realizar acciones tendientes a

que los ciudadanos gocen de tal derecho, mediante el cumplimiento de actos, que si bien son de naturaleza recíproca, lo cierto es que también son sucesivas, no simultáneas, en razón de que el disfrute del derecho a la salud en ocasiones se encuentra supeditado a la comparecencia de la parte interesada a fin de solicitar un acto u omisión por parte del Estado.

Así, para adecuar de forma literal en nuestra ley fundamental a los estándares internacionales en materia de salud, nos dimos a la tarea de analizar la estructura jurídico conceptual con que se pretende reconocer el derecho a la salud en toda su amplitud.

Dicha estructura, se realizó a través de las propiedades descriptivas que determinan el derecho humano a la salud positivizado, estructura de la que destaca en primer término el derecho subjetivo a la salud, entendiendo que en nada afecta considerar a la salud como un derecho subjetivo en su aplicación dentro del sistema de derecho objetivo y positivo de nuestro país, pues a partir del dualismo, comprendemos que los derechos subjetivos apoyan los instrumentos positivos a través de justificaciones de índole moral; asimismo, para determinar la necesidad de positivizar dicho derecho subjetivo, consideramos la base teórica filosófica y jurídica de la teoría del interés o del beneficiario, entendiendo a la salud como un beneficio generalizado que debe ser garantizado a través del derecho positivo.

Es necesario indicar que la salud es un derecho que no depende enteramente del Estado, como casi todos los derechos humanos, pues requiere de una acción en sentido positivo o negativo por parte de los individuos, lo que se traduce en una restricción por parte del Estado o la privación de una parte de libertad del individuo, pero también, atendiendo el principio objetivo básico del ordenamiento constitucional y del estado de derecho, el derecho fundamental a la salud operaría como un límite de acción estatal y garantía de la salud dirigida a los individuos.

Otro aspecto que tomamos en cuenta en nuestra investigación para determinar la estructura jurídico conceptual del derecho a la salud en sus sentido amplio que pretendemos forme parte de nuestro sistema normativo, es, en efecto, la norma como elemento sustancial de un derecho fundamental, tomando en consideración que de acuerdo a la teoría que presenta Robert Alexy, las normas de derecho fundamental están expresadas directamente por enunciados de una norma marco,³⁴³ como es lo que pretendemos con nuestra investigación.

Las normas de la ley fundamental que resguardan un derecho fundamental deben expresar con precisión el tipo de pretensiones, privilegios, potestades o inmunidades de que se trata y cuáles son su deberes correlativos o que hacen al sujeto susceptible de exigir la sujeción, la incompetencia o el no derecho de otro sujeto, así como determinar su actualización mediante la autodeterminación del sujeto, por lo que no se debe de dejar a la ley reglamentaria, la atribución de definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, pues si bien hay aspectos que no pueden inscribirse en la ley fundamental, una ley reglamentaria no debe determinar los alcances de la salud como derecho humano y menos estar en contradicción con los tratados internacionales de los que México forma parte.

Además de analizar el derecho subjetivo y a la norma como elementos estructurales del derecho fundamental a la salud, examinamos la posibilidad de considerar a la universalidad como atribución de la referida prerrogativa, estudio que derivó en la conclusión de que sería imposible fácticamente garantizar la universalidad no sólo del derecho a la salud, sino de cualquier otro derecho humano, sin embargo, entendiendo el contenido filosófico jurídico de la universalidad, es que, proponemos que la salud como derecho fundamental, esté dirigida a resguardar de forma lo más extensa posible a los seres humanos en cuanto dotados de humanidad.

³⁴³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 66.

Entonces, la primera parte del esquema jurídico conceptual que se propone incluir como derecho fundamental en nuestra ley fundamental relacionado con el derecho humano a la salud, debería consagrarse como: “ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho humano a la salud en su sentido amplio, mismo que posee toda persona por su naturaleza humana”, esto, dado que es notorio que en la actualidad jurídica de nuestro país se entiende que los derechos humanos no son otorgados, sino reconocidos al ser inherentes a la persona.

Otro aspecto que denota un claro defecto en cuanto a los alcances que se pretenden dar al derecho de protección a la salud, consagrado en el artículo cuarto, párrafo cuarto de nuestra Constitución, es que se determina que la propia ley reglamentaria en materia de salud definiría un “sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social”,³⁴⁴ situación que es insuficiente, no sólo porque deja a una ley reglamentaria definir el sistema de salud, sino que es ambigua y vaga la forma en que pareciera estatuirse la supuesta universalidad del derecho a la salud.

En conclusión, debemos precisar que la estructura jurídico conceptual de la norma jurídica que debe estar inscrita en nuestra ley fundamental, y que reconozca el derecho humano a la salud en su sentido amplio, necesita precisar la salud como derecho subjetivo, o como aquella expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones), misma, que debe aspirar a la cobertura general, es decir, estar dirigida a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

³⁴⁴ Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf, consultada el 23 de enero de 2021, dos mil veintiuno.

Entendiendo que, la salud está definida como un “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”,³⁴⁵ por lo que debe considerarse como pretensión o expectativa tanto de naturaleza positiva, como negativa, por parte de la norma jurídica que la reconozca y que no puede ser contenida o limitada a una mera protección, y mucho menos consagrada de forma vaga o ambigua, con la justificación de que la ley reglamentaria de la materia supliría la supremacía constitucional que resguarda a dicho derecho, considerando que sería un error continuar con una norma constitucional desfazada a la realidad social actual, pues atendiendo a las teorías del contrato social y consideraciones teóricas respecto a la injusticia, debemos decir que el Estado ha sido creado para satisfacer las necesidades primigenias y garantizar la existencia continuada de los individuos.

³⁴⁵ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, <https://www.who.int/about/mission/es/>, consultada el 20 de noviembre de 2020 dos mil veinte.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V., C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

———, *El concepto y validez del derecho*, 2a. ed., Barcelona, febrero de 2004.

———, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

AMOEDO SOUTO, C., *Poder policial y derecho administrativo*, Coruña, Universidad de da Coruña, 2000.

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Argumento para una teoría de los derechos sociales”, en V. ZAPATERO e I. GARRIDO (eds.) *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá de Henares, 2009.

ARNSPERGER, C., VAN PARIJS. P., *Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa*, Barcelona, Paidós, 2002.

BAREA TEIJEIRO, J. GÓMEZ CIRIA, A., *El problema de la eficiencia del sector público en España. Especial consideración de la sanidad*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1994.

BARRONCO AVILÉS, M. C., *Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000.

BENACH, J., y C. MUNTANER, *Aprender a mirar la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud*, Barcelona, El Viejo Topo, 2005.

BENTHAM, JEREMY, *Un fragmento sobre el gobierno*, trad. Enrique Bocado Crespo, 2a. ed. Madrid, Tecnos, 2010.

BERLINGUER, G., *Bioética cotidiana*, México, Siglo XXI, 2002.

BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

CAMPILLO SÁINZ, JOSÉ, *Derechos fundamentales de la persona humana. Derechos sociales*, México, Jus., 1952.

CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999.

CARRIÓ, GENARO R., “Notas preliminares”, en: Wesley N. Hohfeld, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, Fontamara, 1995.

CASESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991.

Conrado Hesse, *Constitución y Derecho Constitucional* en Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996

CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales. Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994.

CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 1999.

CURREA-LUGO, V., *La salud como derecho humano*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2005.

DE ASIS ROIG, RAFAEL F., “La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, Vol 1, 2008.

DE PÁRAMO, JUAN RAMÓN, *Derecho subjetivo*, en: Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. El derecho y la justicia*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Trotta, 2000.

DOYAL, L., GOUGH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, Barcelona, Icaria, 1994.

DWORKIN, RONALD, *Los derecho enserio*, Barcelona, Ariel. S. A., 1997.

———, *El dominio de la vida. Una discusión sobre el aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994.

DORANTES TAMAYO, LUIS, “Teorías acerca de la naturaleza de la acción procesal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 117, t. XXX, México, UNAM, 1980.

ENGELS, F., *Situación de la clase obrera en Inglaterra (1845)*, Madrid, Akal, 1976.

ESCOBAR, G., “Filosofía y dogmática en la configuración del derecho fundamental a la protección de la salud” en, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Vol III, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 523-558.

ESCRIBANO, P., *El derecho a la salud*, Instituto García Oviedo, 1976.

FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, Roma, Trotta, 1999, colección Estructura y Procesos.

FERRANDIZ MANJAVACAS, F.A., *Estructura y administración sanitaria pública en España*, Madrid, Centro de Estudios Procesales, 1993.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "Estado constitucional y protección internacional", en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, pp. 231-280.

H. BIX, BRIAN, *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, 3ª. ed., trad. de Imer B. Flores, México, UNAM, 2010.

HABERMAS, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, 1998.

HART, H.L.A., "¿Existen los derechos naturales?", *Estudios públicos*, No. 37, 1990. La versión en inglés: "Are there any natural rights?", *The Philosophical Review*, vol. 64, No. 2, (Apr. 1955), pp. 175-191.

_____, H.L.A., *El concepto del derecho*. trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

_____, H.L.A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962.

_____, H.L.A., "Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill", trad. de Juan Ramón de Páramo, *Anuario de derechos humanos*, No. 3, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 1985, pp. 140 y 141.

HIERRO, L., *Justicia, Igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

HIERRO, L., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

HOHFELD, WESLEY N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, Fontamara, 1995.

JELLINEK, GEORG, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

KELSEN, H., *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*, 2a. ed., México, Editorial Nacional, 1981.

KUHSE, H., SINGER, P., “*Distribución de los recursos para el cuidado de la salud y el problema del valor de la vida*”, en P. SINGER, *Desacralizar la vida humana. Ensayos sobre ética*, Madrid, Cátedra, 2003.

LEMA AÑÓN, CARLOS, *Salud, Justicia, Derechos, El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, 2009.

LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Madrid, Tecnos, 2006.

LORA, P. de, “El derecho a la protección de la salud, en *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004.

MACKIE, J. L., *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, trad. de T. Fernández Aúz, Barcelona, Gedisa, 2000.

MARSHALL, T. H., *Ciudadanía y clase social (1950)*, Madrid, Alianza, 1988.

MARX, K., *Crítica al programa de Gotha*, Ricardo Aguilera Editor, Madrid, 1968.

MUGUERZA, J., *Desde la perplejidad (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo)*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1990.

NAVARRO, V., “*El derecho a la protección de la salud*”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 6, 1998.

NINO, CARLOS, SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, S. A., 2003.

_____, CARLOS, SANTIAGO, “Autonomía y necesidades básicas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía el Derecho*, n.º 7, 1990.

NUSSBAUM, M., “Capacidades humanas y justicia social”, en J. RIECHMAN (coord.) *Necesitar, desear, vivir. Sobre las necesidades desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 1998, pp. 43-104.

OFFE, C., *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Madrid, Alianza, 1990.

OMS, *Atención primaria de salud. Informe de la Conferencia Mundial sobre Atención Primaria a la Salud*, Ginebra, OMS, 1978.

OMS, *Informe sobre la Salud Mundial 2000. Reducir los riesgos y promover una vida sana*, Ginebra, OMS, 1978.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. E/C. 12200/4*, Observación General n.º 14., 2000.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a una vida adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): Los desalojos forzosos*, Observación General n.º 7., 1997.

PECES-BARBA, G., (y otros), *Cursos de derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III-B.O.E., 1995.

PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de Filosofía jurídica y política)*, Madrid, Dykinson, 1999.

PECES-BARBA, G., (y otros), *Textos básicos de Derechos Humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Elcano-Navarra, 2001.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., *Bioética y experimentación con seres humanos*, Granada, Comares, 2002.

PEMAN GAVIN, J., *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

PÉREZ LUÑO, A. E., *“La evolución del Estado social y las transformas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.

PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

PREUSS, U. K., “El concepto de los derechos y el Estado del Bienestar”, en OLIVAS, E., *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.

PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.

PUYOL GONZÁLEZ, A., “Ética, Derechos y racionamiento sanitario”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, 1999.

RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.

RAWLS, J., *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1999.

RAZ, JOSEPH , *La autoridad del derecho, ensayo sobre derecho y moral*, México, Coyoacán, 2011.

REY GUANTER, S., “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, en *Derechos y libertades*, n.º 16, enero 2007, pp. 137-156.

REY PÉREZ, J. L., *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Madrid, Dykinson, 2007.

RIBOTTA, S., *Jonh Rawls. Sobre (des) igualdad y justicia*, Madrid, Dykinson, 2009.

RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Madrid, CEPC, 2010.

RIECHMANN, J., “Necesidades: algunas delimitaciones en las que acaso podríamos convenir”, en J. RIECHMANN (coord.), *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 1998, pp. 11-42.

RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, Dykinson- Universidad Carlos III de Madrid, 2002.

RUIZ MIGUEL, A., *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002.

SÁNCHEZ BAYLE, M., *Hacia el Estado del malestar*, Madrid, Los libros de la Catarata, 1998.

SÁNCHEZ FERRIZ, R., “Generaciones de derechos y evolución del Estado”, en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Los derechos humanos en Europa*, Madrid, UNED, 2001, pp. 49-61.

SEMPERE, *Mejor con menos. Necesidades, explosión consumista y crisis ecológica*, Barcelona, Crítica, 2009.

SEN, A., *Nuevo examen de la desigualdad*, (trad. de A. M. Bravo, revisión de P. Schwartz), Madrid, Alianza Editorial, 1999.

SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, JESÚS, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta/Joaquín Mortiz, 1999.

SINGER, P., *Pensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, Barcelona, Paidós, 1997.

SOBERANES FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS, *La protección de la Salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, Marcia Muñoz de Alba Medrano (cord.), temas selectos de salud y derecho, México, UNAM, 2002.

TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, *Introducción analítica al estudio del derecho*, México, Themis, 2009.

VAN PARIJS, P., *¿Qué es una sociedad justa?*, Barcelona, Ariel, 1993.

TOCQUEVILLE, ALEXIS DE., *El antiguo régimen y la revolución*, México, Fondo de Cultura, 1998.

VAN PARIJS, P., *Libertad real para todos. Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, Barcelona, Paidós, 1996.

VICENTE GIMÉNEZ, TERESA, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia, Universidad de Valencia, 2006.

VIDIELLA, G., *El derecho a la salud*, Buenos Aires, Eudeba, 2000.

WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.